1980-0878

FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 19 - Número 1 - jan./dez. 2024

UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP

FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 19 – Número 1 – jan./dez. 2024

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.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 19, n. 1 (jan./dez. 2024) - 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*

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 19 – Número 1 – jan./dez. 2024

ISSN 1980-0878

Sumário

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 19 – Número 1 – jan./dez. 2024

ISSN 1980-0878

Apresentação

O décimo nono volume da revista "DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares" traz nove artigos jurídicos voltados aos direitos fundamentais na contemporaneidade. Apresenta para a comunidade acadêmica textos com abordagens que primam pelo rigor metodológico e técnico, com temáticas jurídicas desafiadoras e atuais, ancoradas na realidade social.

O direito fundamental à proteção de dados e o uso de novas tecnologias é objeto de análise de quatro artigos. Os direitos fundamentais também continuam em foco nos demais trabalhos para analisar a questão de gênero, a infância e juventude e o acesso à saúde.

Esse periódico é fruto da relação necessária entre ensino, pesquisa e extensão. Por intermédio dos artigos aqui disponibilizados, a UNIFIPA faz divulgar a promoção da cidadania e a responsabilidade com uma formação de excelência e voltada aos direitos humanos.

Promover pesquisa de qualidade que comunique conhecimento e promova trocas com narrativas acessíveis é sempre um desafio. Os textos contribuem tanto para a compreensão da sociedade brasileira ante problemas locais, regionais, nacionais e globais, como também para aplicar e promover mudanças na legislação brasileira.

O artigo que abre esse volume, intitulado "A Tutela dos Consumidores nas Práticas de Discriminação por *Geoblocking*, *Geopricing* e *Price Dynamism*" volta-se à uma temática muito atual para tratar do uso de tecnologias e do modo como o direito passa a proteger grupos vulneráveis e a proteção dos seus dados no âmbito das relações consumeristas.

A proteção de dados pessoais passou à tutela constitucional, reconhecida expressamente como direito e garantia fundamental por via da Emenda Constitucional 115 de 2022. Em 2018, aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), são diversos os desafios que se apresentam para a sua aplicação. Assim considerando, analisar aspectos associados ao tema, especialmente considerando a temática do direito do consumidor e o uso de tecnologias, de inteligência artificial e o *e-commerce* é fundamental. O texto, que ainda explora o papel do Estado nesse sistema de proteção do consumidor, é de autoria de Luis Antônio Rossi, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Paloma Fernandes Lins Barca e, ainda, de Ana Letícia dos Santos Cetroni, Amanda Mateus Cruz e Giulia Castro Guzzo.

O artigo seguinte também tem por referência a relação entre a inteligência artificial e o direito, a partir de uma abordagem humanista para avaliar a possibilidade de uma perspectiva mais humana do Direito mesmo ante o uso de novas tecnologias e dos algoritmos a ela associados.

A premissa é a de que as novas ferramentas assumem uma função de suporte às pessoas e grupos na relação 'humano x máquina', e não de substituição. Resultado do trabalho de pesquisa de grupo institucional, o texto

denominado “Inteligência Artificial e os Sistemas de Justiça na Perspectiva Humana” é de autoria de Alexandre Fontana Berto, Carina Alamino Trida, Ana Alice Vaz, Ana Letícia dos Santos Cetroni, Gabriel Borghi Affonso, Izabelle de Souza Afonso, João Victor Bonfim Ribeiro da Silva, Laura Fábia Melo Ribeiro e Rafaela Cecília Milan.

Ao indagar sobre as implicações da Inteligência Artificial no campo jurídico o artigo reforça o papel da regulamentação do uso da tecnologia, a pesquisa tanto considera o modo como a União Europeia passou a regulamentar o tema (AI Act), bem como os caminhos apontados pelo judiciário brasileiro.

Os dois artigos seguintes da revista também analisam o direito fundamental à proteção de dados pessoais. O terceiro texto é denominado “O Tratamento Adequado de Dados Pessoais e a Pesquisa na Universidade: como interpretar a LGPD para compatibilizá-los?” e é de autoria de Milena Márcia de Almeida Alves. O artigo faz uso de pesquisa qualitativa e promove uma abordagem dogmática e histórica do tema.

O texto parte da dificuldade de uma aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que compatibilize a pesquisa na universidade e a quantidade de dados pessoais disponíveis para interpretar a aplicação da lei para fins exclusivamente acadêmicos e propor orientações que sirvam de referência para as instituições de ensino superior.

Por sua vez, o quarto artigo analisa a proteção de dados no âmbito do terceiro setor ante o direito de acesso à informação e o acesso a recursos públicos. As organizações da sociedade civil exercem papel fundamental na busca por objetivos de interesse social, recebem estruturada regulamentação e um volume significativo de recursos públicos. Essa condição demanda, no âmbito da mencionada regulamentação, também a observância da transparência, do acesso à informação e publicidade, e o controle dos gastos públicos.

De autoria de Luis Antônio Rossi, Paloma Fernandes Lins Barca, Carina Alamino Trida, Ana Júlia Buniak Pinto, Ana Júlia Sguartecchia Favatto, Gabriela de Lima Serrano o texto discute o tema e sua relação com a proteção de dados e é intitulado “Terceiro Setor: acesso a recursos públicos, lei de acesso à informação e lei geral de proteção de dados”.

De autoria de Giovanna Migliori Semeraro, o artigo “Construindo a Legitimidade do Direito: ilusões de consenso e construções de verdade” é o quinto texto desse volume e debate o campo dos fundamentos do direto. O texto promove uma revisão bibliográfica e tem por referência o pensamento de Michel Foucault sobre as técnicas de obediência para analisar questão da verdade na norma jurídica enquanto simulação de consenso em Niklas Luhmann e Tércio Sampaio Ferraz Junior.

O sexto artigo desse volume, denominado “Tributação e Gênero no Brasil: questão dos métodos contraceptivos e dos absorventes” é de autoria de Ivana Mussi Gabriel, Isabela Katarina Marques, Nathan Henrick de Morais e Rayani Cristina Ponce promove uma pesquisa empírica de tema do campo da dogmática jurídica a partir da perspectiva de gênero. O uso de métodos contraceptivos (pílulas anticoncepcionais, dispositivos intrauterinos) e de absorventes envolve produtos de caráter essencial à dignidade e à saúde da mulher. O texto analisa a tributação que incide sobre esses produtos para identificar uma discriminação tributária que identifica tributação mais excessiva para mulheres, desconsiderando tanto a seletividade dos mencionados produtos como a capacidade contributiva da mulher.

A temática de gênero tem sequência na análise promovida pelo artigo seguinte, que discute os alimentos compensatórios fundamentais no contexto da sociedade brasileira patriarcal. O texto promove uma revisão bibliográfica para identificar o modo como os civilistas abordam os alimentos compensatórios como compensação econômica em estruturas em que as mulheres assumem cuidados domésticos não remunerados nas relações privadas. O artigo delimita a pesquisa nas famílias que, em sua maioria, as mulheres ficam afastadas do mercado

de trabalho e tem seu cotidiano condicionado aos cuidados do lar e dos filhos, enquanto os maridos ascendem profissionalmente.

Intitulado "Alimentos Compensatórios: possibilidade de equilíbrio patrimonial a mulher dedicada à prestação de cuidados domésticos não remunerados" o sétimo artigo é de autoria de Márcia Maria Menin, Camila Lemos Puydinger, Lara Souza Doti, Yuri Martins, Caio Nunes Brizzotti, Rayani Cristina Ponce.

O oitavo artigo desse volume trata infância e juventude, mas especificamente do direito à alimentação e à segurança alimentar ante os efeitos da pandemia do covid-19. O Sistema de Garantia de Direitos instituído pela doutrina da proteção integral, associado ao direito social à alimentação, demanda uma atuação efetiva do Estado que, ante as demandas da pandemia, criou e/ou adaptou políticas públicas de amparo à crianças, adolescentes e às suas famílias.

Denominado "Sobre o Direito à Alimentação Adequada de Crianças e Adolescentes em Tempos de Pandemia do Covid-19" o texto é de autoria de Ana Paula Polacchini de Oliveira, Ana Letícia dos Santos Cetroni e Maria Clara Tinti Crepaldi.

O artigo denominado "Obrigação de meio ou Obrigação de resultado: a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em caso de cirurgia estética" encerra esse volume. É de autoria de Márcia Maria Menin, Yuri Martins, Isabelle Anastácio, Milena Buzo e Monielli Peres.

O texto tem por temática a responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas a partir de uma análise bibliográfica e documental do tema. O debate volta-se para a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico ante a possível insegurança jurídica decorrente da divergência doutrinária e inclui uma análise do ônus probandi, da condição dos pacientes e profissionais.

Os textos contidos nesse volume reforçam esse compromisso da editoração e da instituição. É importante considerar o papel do direito e das instituições a partir de abordagens interdisciplinares e transversais que tenham por fundamento os direitos humanos e temas atuais, devidamente delimitados, e que se voltem aos desafios ante as contingências da vida em sociedade e as novas tecnologias.

A UNIFIPA reitera seu compromisso com a sociedade ao incentivar ações que promovam o conhecimento de qualidade e a transformação social. A produção e difusão da revista "DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares" é exemplo dessa concepção. O periódico, instituído com a fundação do curso, anualmente veicula textos que promovem o intercâmbio de ideias tecnicamente fundamentadas e contribuem para a formação de excelência e para o desenvolvimento da sociedade local, regional e nacional.

Boa leitura!

Os Editores.

A tutela dos consumidores nas práticas de discriminação por *geoblocking*, *geopricing* e *price dynamism*

ANA LETÍCIA DOS SANTOS CETRONI
AMANDA MATEUS CRUZ
GIULIA CASTRO GUZZO
Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISABELLA SOUZA RAINHO DE OLIVEIRA POLI
Advogada. Mestranda em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela UFSCAR. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

PALOMA FERNANDES LINS BARCA
Advogada. Especialista 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).

LUIS ANTÔNIO ROSSI
Advogado. Doutor em 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).

Resumo: O presente trabalho analisa os atos de discriminação do consumidor como restrição ou bloqueios de acesso e diferenciação de preços de produtos ou serviços por localização ou dinamismo de preços por perfil de consumo e os instrumentos de coibição de tais atos, utilizando-se, para tanto, especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito digital. Dados Pessoais. Tratamento discriminatório de consumidor.

Abstract: This work analyzes acts of consumer discrimination such as restrictions or blocks of access and differentiation of prices of products or services by location or price dynamism by consumption profile and the instruments for curbing such acts, using, for this purpose, especially the General Data Protection Law and the Consumer Protection Code.

Keywords: Digital Law. Personal data. Discriminatory consumer treatment.

Introdução

As relações sociais e a forma de relacionamento entre as pessoas foram modificadas pelas novas tecnologias, surgindo, inclusive, a chamada sociedade da informação. Ocorre que, por consequência ao preciso perfilamento dos consumidores, empresas passaram a utilizar ferramentas de tecnologia para desempenhar tratamento discriminatório destes, realizando, inclusive, o direcionamento e bloqueio de ofertas à determinadas regiões ou perfis de consumo.

Assim, pretende-se, com o presente artigo, uma breve análise da discriminação do consumidor por *geoblocking*, *geopricing* e precificação dinâmica e os instrumentos de tutela do consumidor para coibição de tais atos.

Breve reflexão sobre a evolução das relações de consumo e as novas tecnologias

Em perspectiva, antes da tratativa das temáticas relacionadas a tecnologia e o mundo na contemporaneidade, se revela importante a contextualização da história do consumo e da inteligência artificial.

Assim como o desenvolvimento humano, o consumo, que está intrinsecamente vinculado a condição material, também sofreu modificações, bem como as relações que o pré-constituem.

Na história da sociedade, é sabido que o consumo inicialmente era voltado para sanar necessidades básicas de alimentação, vestuário, remédios e produtos agrícolas. Com a Revolução Francesa e o fortalecimento da burguesia, classe social que então passou a ser detentora de poder, somado as questões principiológicas, ideais revolucionários de igualdade, liberdade e iniciativa que a referida classe social ditava, houve o declínio do modelo até então dominante, isto é, o feudalista, e o consequente fortalecimento do capitalismo e a então modificação das relações de consumo que até a atualidade têm seus reflexos[1].

O capitalismo, sistema cuja base se estabelece no lucro, produção e poderio aquisitivo, passou a ser difundido em todo o mundo como regime econômico, social e político[2]. E, com a capitalização em massa e a necessidade do incremento de novas técnicas que possibilitassem um aumento da capacidade de produção, implicou na revolução industrial que foi responsável pela produção de produtos em série e em massa, justamente com o objetivo de suprir a demanda de produtos cada vez mais crescente[3].

Atualmente, em razão da consolidação do referido modelo de consumo e das alterações de forma de relacionamento humano, especialmente em razão da globalização, da sociedade da informação e da difusão de novas tecnologias como, por exemplo, a inteligência artificial, internet das coisas, *big data*, já foi atingida a chamada Quarta Revolução Industrial.

Com efeito, embora o tratamento de dados não consista em algo recente e que a operação de tais informações foram e ainda são objetos de avanços que marcaram e marcam a história da humanidade, o *big data* e *big analytics* atualmente possibilitam tais tratamentos de forma mais veloz, precisa, eficiente, volumosa e variada[4].

Nesse sentido, vale lembrar, ainda, que conforme ensina Gilberto Martins de Almeida, o termo inteligência artificial surgiu no pós-guerra, em 1956, e consiste na teoria ou sistemas de computadores, que executam tarefas as quais normalmente exigiriam a inteligência humana, e, a evolução da referida inteligência artificial implicou na possibilidade exponencial de aplicações e utilizações, as quais, inclusive, consistem em uma extensa opção de produtos e serviços para os consumidores que, se utilizados de forma inadequada, expõe indivíduos ou organizações a riscos, tendo em vista a possibilidade de extração de dados em massa destes, notadamente porque agentes empresariais podem maximizar estratégias de marketing que podem beneficiar ou prejudicar os consumidores[5].

Além disso, deve ser levado em consideração o fato de que os agentes empresariais estão munidos de grande quantidade de informações dos indivíduos, as quais podem influenciar opiniões e manipular a forma de relacionamento e consumo destes, bem como possuem ferramentas que possam tratá-los de forma discriminada[6].

Nesse sentido, vale mencionar que as informações pessoais dos indivíduos, também conceituado como "dados pessoais" consiste em um insumo e ativo aos agentes econômicos, e possibilita uma nova forma de organização econômica que utiliza perfis de consumo por meio de rastreadores eletrônicos, fato que representa um

[1] MIRANDA, Maria Bernadete *et al*. *Breve histórico do consumo e a proteção do consumidor*: "O consumo é a única finalidade e o único propósito de toda produção." Adam Smith. Estado de Direito, 2017. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/breve-historico-do-consumo-e-protecao-do-consumidor/.Acesso em: 24 mar. 2024.
[2] Ibid.
[3] Ibid.
[4] FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais*: fundamentos da LGPD. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
[5] ALMEIDA, Gilberto Martins. Notas sobre utilização de inteligência artificial por agentes empresariais e suas implicações no âmbito do direito do consumidor. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência Artificial e Direito.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 421-434.
[6] TERRA, Aline de Miranda Valverde, MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.* Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-22.1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/195107452/v1/page/RB-22.1. Acesso em: 10 ago. 2023.

avanço do capitalismo, pois possibilita o tratamento e direcionamento efetivo de publicidades e completo conhecimento do usuário, que se trata de um consumidor em estado de vulnerabilidade[7].

Deste modo, o presente momento é recorte histórico no qual o avanço tecnológico é vetor principal de modificações, tanto nas relações que se estabelecem pelo viver coletivo, como também a auto concepção, o qual podemos conceituar como sociedade da informação, na qual os indivíduos são influenciados pelo desenvolvimento tecnológico exponencial e se revela necessário, portanto, que lhes sejam assegurados direitos básicos, como o direito de informação, autodeterminação, privacidade e de ter um tratamento igualitário e, por outro lado, resguardar a ordem econômica.

Conforme ensinam Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho e Giovanna Milanez[8]:

> Ademais, em um mundo em que a informação é hoje a principal fonte de poder, o poder dos dados está igualmente relacionado a formas de *soft power* que, embora se baseiem na persuasão e não na violência física, podem levar a resultados tão ou mais eficientes do que as formas de constrangimento material, no sentido de que podem moldar opiniões e crenças das pessoas, a fim de que elas ajam menos no seu interesse e mais no interesse daqueles que titularizam o poder.

Considerando a atual sistemática das relações de consumo, bem como a crescente exposição dos indivíduos e de suas informações pessoais para as empresas e novas tecnologias, a União Europeia promulgou o GDPR, isto é, Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, norma esta que inspirou a legislação brasileira, Lei Federal n. 13.709/2018, intitulada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a qual tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, e deve ser interpretada conjuntamente a Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet.

Aliás, com o propósito de assegurar a referida proteção dos dados pessoais, a Emenda Constitucional n. 115/2022 acrescentou no art. 5 da referida Carta Magna o inciso LXXIX, cujo teor determina que "*é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*".

Outrossim, a relação das empresas e instituições junto aos indivíduos deve resguardar o direito à privacidade e proteção de dados e interpretá-lo sob o prisma da função social. E, nesse sentido, Claudia Lima Marques[9] ensina que:

> a atual função do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual. Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou *status*, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual.

Observa-se que a preocupação e necessidade de proteção dos titulares das informações tratadas vem ocorrendo desde antes da vigência da própria LGPD, objetivando o tratamento responsável e resguardo ao direito de autodeterminação, de informação, consentimento ou uso para finalidade diversa da coletada, com fundamento na violação os direitos dos consumidores.

---

[7] Ibid.
[8] Op. cit., p. 6.
[9] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (livro eletrônico). (grifo do autor).

Nesta perspectiva o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) propôs Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100 contra a Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo "Via Quatro" em razão de instalação de câmeras para coleta de dados e informações dos consumidores usuários do metrô, que possuíam a finalidade de identificar as principais características destes, com o propósito de tratamento de tais informações para fins publicitários e comerciais, sem, contudo, que fosse resguardado o direito de informação sobre a coleta e dado oportunidade de consentimento para o processamento de tais informações[10].

É o arquétipo perfeito do capitalismo de vigilância conceituado pela autora Shoshana Zuboff[11], segundo o qual as experiências humanas tornam-se matéria prima gratuita e, por conseguinte, se traduzem no poder instrumentário que "conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros", tudo isso por meio de dispositivos conectados à rede.

Portanto, considerando as novas tecnologias e a aplicação delas por empresas ou instituições com o objetivo de lucro, podendo, inclusive, utilizar de medidas discriminatórias para com o titular, em inequívoco ato ilícito e de abuso de poder, se revela importante a aplicação de medidas com o propósito de identificar e coibir tais condutas, trata-se do que a autora Shoshana[12] denomina de "*caça do mestre dos fantoches, não do fantoche*" em si.

Conceitos de *geopricing*, *geoblocking* e repercussão nas relações de consumo digital

Nesse sentido, o uso de algoritmos para controlar e direcionar informações e conteúdo para os usuários é uma prática comum em diversos setores, especialmente no que toca às redes sociais e consumo online. Esses algoritmos são frequentemente empregados por plataformas online para personalizar o conteúdo que é apresentado aos usuários, com o objetivo de aumentar o engajamento, a retenção e, consequentemente, os lucros da empresa.

Ocorre, todavia, que algumas empresas passaram a utilizar dos dados pessoais de seus usuários para classificá-los e, então, a partir disso, oferecer distinto tratamento, inclusive, fazendo com que os clientes de menor classificação ficassem em filas maiores ou fossem atendidos por profissionais de menor escalão ou, ainda, em razão de determinada localização, fosse oferecido produtos com maiores valores por entender que determinada nacionalidade tivesse maior condição de pagar mais caro por um serviço de hotelaria que seria prestado de forma idêntica a qualquer que fosse a origem do consumidor[13].

E, nesse sentido, a precificação dinâmica ou *dynamic pricing*, o *geopricing* e o *geoblocking* são práticas comerciais abusivas no âmbito digital, especialmente em e-commerce. Tais práticas estão atreladas ao uso abusivo e indiscriminado de dados pessoais dos consumidores por estas empresas, o que desfavorece, certamente, a segurança jurídica e a confiabilidade que os titulares dos dados têm em transmitir estas informações para empresas, sob pena de ofender a autonomia do usuário, o direito à informação clara, liberdade de escolha e o princípio de neutralidade da internet, previsto no art. 6 do Marco Civil da Internet (lei 12.965/2014)[14].

No contexto brasileiro, a Lei no 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPDP) foi sancionada em agosto de 2018 e representa um grande passo na regulação do tema, tratando, por exemplo, sobre a

[10] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Público. Embargos de Declaração Cível oposto em Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100/50003. Relator: Antonio Celso Faria, DJ 18.03.2024, *DJe* 22.01.2024.
[11] ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínsica, 2021.
[12] Ibid.
[13] MARTINS, Guilherme Magalhães. O geopricing e geoblocking e seus efeitos nas relações de consumo. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência Artificial e Direito*. Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-28.1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/198921448/v1/page/RB-28.1. Acesso em: 24 abr. 2024.
[14] Ibid.

necessidade e, quando não presentes outras hipóteses de tratamento, de consentimento do usuário na utilização de seus dados, a atenção aos chamados dados sensíveis, a proteção à liberdade de informação e a regulação do uso de dados por terceiros.

O artigo 6º da Lei 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais- LGPD) estabelece, no seu inciso IX, o princípio da não discriminação que consiste, segundo aquele mandamento legal, na impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Essa Lei trata especificamente dos cuidados necessários por parte das organizações para assegurar o tratamento correto desses dados.

Tal fato fez com que o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), vinculado ao Ministério da Justiça Brasileira, tenha adotado medidas para coibir a prática do *geopricing* e *geoblocking* e aplicado uma multa no valor de R$ 7.500.000,00 à empresa de comércio eletrônico Decolar.com em razão de atos discriminatórios e preços diferenciados com base na origem geográfica, os quais foram considerados como uma violação dos direitos do consumidor[15].

A fim de melhor compreender tais práticas, importante esclarecer que consiste a prática da precificação dinâmica em um instrumento de alteração de preço que utiliza de parâmetros que leva uma série de informações, como, por exemplo, perfil de consumo, como hábitos dos titulares, informações acerca de quanto o consumidor está disposto a pagar por um produto ou serviço, realizando a predição de uma decisão do titular ou manipulação por ter tido acesso a informações pessoais que esse consumidor sequer tem conhecimento[16].

Por outro lado, o *geopricing* ou determinação de preço por localização do consumidor, ocorre porque as empresas usam algoritmos para segmentar os clientes e ajustar os preços de acordo com a demanda e outros fatores do mercado em diferentes regiões geográficas, em razão disso, por exemplo, se uma região tem uma demanda mais alta por um determinado produto e menos concorrência, é possível que os preços sejam mais altos nessa região, de modo que clientes que vivem em regiões mais remotas ou com menor concorrência podem acabar pagando preços mais altos pelo mesmo produto em comparação com clientes em áreas mais populosas ou com maior concorrência[17].

Note-se, que, na citada prática de *geopricing* e na nota técnica pelo órgão federal emitida destaca que não houve qualquer justificativa plausível para a referida diferenciação, pois não apresentava qualquer diferença de preço por questões de frete ou outro critério razoável, fato que não ensejaria em discriminação, mas, ao revés, consistiu em uma discriminação de preço, haja vista se tratar de prestação de serviço de hospedagem na qual foi considerada a origem do consumidor e disposição de pagar mais pelo produto ou serviço[18].

Por sua vez, consiste *geoblocking*, a prática de bloquear ou impedir o acesso de determinados serviços ou produtos a um consumidor em razão da localização deste, utilizando-se, como ferramenta, por exemplo, no redirecionamento da interface, na recusa de entrega ou negativa de pagamento ou meio de pagamento[19].

Todavia, tais práticas prejudicam consumidores ao realizar um tratamento discriminatório com base em sua localização, perfil de consumo, sem que haja, todavia, justificativa legítima, devendo, por consequência, serem aplicadas as disposições do ordenamento jurídico brasileiro vigente e as penalidades legais nele dispostas.

---

[15] TERRA; MULHOLLAND, op. cit.
[16] FRAZÃO, Ana. *Precificação dinâmica e danos ao consumidor.* JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-dinamica-e-danos-ao-consumidor-27032024?non-beta=1. Acesso em: 15 abr. 2024a.
[17] MARTINS, op. cit.
[18] FRAZÃO, Ana. *Geo pricing e geo blocking*. As novas formas de discriminação de consumidores e os desafios para o seu enfrentamento. JOTA. Disponível em: http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-08-15-Geo_pricing_e_geo_blocking_As_novas_formas_de_discriminacao_de_consumidores_e_os_desafios_para_o_seu_enfrentamento.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024b.
[19] MARTINS, op. cit.

Mecanismos para coibição das práticas de *geoblocking*, *geopricing* e precificação dinâmica

Não obstante a ausência de disposição específica acerca da prática de *geoblocking*, *geopricing* e precificação dinâmica no Código de Defesa do Consumidor, é imperioso que sejam consideradas as disposições do artigo 4, incisos III e VIII do referido código, cujo teor disciplina, respectivamente, os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, a qual determina a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a necessidade de proteção dos consumidores utilizando-se de desenvolvimento tecnológico econômico, o qual deve ser baseado na boa-fé e equilíbrio das referidas relações[20].

Acresça-se, ainda, que referidas práticas violam as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, nesse sentido, o artigo 6º e seus incisos preveem como direitos básicos do consumidor, entre outros, o direito à informação adequada e clara, a proteção contra publicidades abusivas, métodos comerciais desleais e contra práticas abusivas, como, inclusive, o tratamento discriminatório. Ademais, o artigo 39 do CDC expressamente discorre acerca das práticas abusivas contra o consumidor e veda a discriminação de preço, qualidade ou quantidade entre bens ou serviços em razão da localização geográfica deste.

No mesmo sentido, as práticas de atos discriminatórios ou de tratamentos que não observem o dever de informação violam, ainda, o Decreto n.º 5.903/2006, o qual dispôs expressamente acerca de práticas infracionais contra direitos básicos do consumidor de obtenção de informações claras sobre produtos e serviços e regulamentou a Lei n.º 10.962/2004, qual prevê disposições acerca de oferta e apresentação de preços aos consumidores.

Conforme ensina Ana Frazão[21]:

> *"No que diz respeito à primeira questão, é interessante notar que o Código de Defesa do Consumidor, embora não tenha regras específicas para o geo pricing ou o geo blocking, tem cláusulas gerais e regras abrangentes que possibilitam a averiguação da ilicitude de tais práticas."*

Assim, seja qual for a prática de ato discriminatório, ou seja, de precificação dinâmica, *geoblocking* ou *geopricing*, devem ser considerados os avanços da tecnologia e a necessidade do seu uso ético, os operadores do direito têm de reforçar a proteção da privacidade com o propósito de impedir o uso indevido dos dados pessoais e a consequente utilização da tecnologia para violação deles[22].

Aliás, havendo a conscientização para que o consumidor exerça seu direito fundamental de proteção de dados e conheça seus direitos previsto no artigo 18 da LGPD e, por outro lado, as instituições observem especialmente os fundamentos e princípios dispostos, respectivamente, artigos 2º e 6º da referida legislação, inclusive no que tange ao dever de assegurar o respeito a privacidade, a autodeterminação informativa ao titular, a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, bem como inviolabilidade da intimidade, honra, imagem do titular, livre iniciativa, o livre desenvolvimento da personalidade e, ainda, o direito de não discriminação, certamente os limites e atos de tratamento discriminatório serão exauridos.

E, no mesmo sentido, destaca-se os ensinamentos de Ana Frazão de que "sendo abusiva a coleta dos dados, a utilização deles em prejuízo do consumidor passa a ter sua licitude seriamente comprometida."[23].

[20] ALMEIDA, op. cit.
[21] FRAZÃO, op. cit., 2022, p. 100. (grifo do autor).
[22] TERRA; MULHOLLAND, op. cit.
[23] Op. cit., 2022, p. 101.

Assim, as realidades de mercado devem ser acompanhadas com o propósito de resguardar o equilíbrio entre o consumidor e fornecedores diante os avanços da ciência, guiando, ainda, as inovações por parâmetros éticos[24].

E, nesse sentido, ensina Guilherme Magalhães Martins[25]:

> Um dos pontos importantes é a possibilidade de auditoria dos algoritmos para que o código e a base de dados sejam analisados, avaliando-se sua qualidade e uma possível manipulação – sendo que as empresas podem vir a ser obrigadas a mudar aspectos dos seus algoritmos. Em síntese, o ideal é que a intervenção seja cirúrgica, removendo uma prática abusiva anticompetitiva e preservando o comportamento neutro ou pró-competitivo.

Com efeito, em que pese seja plenamente possível, útil e atualmente indispensável o uso das tecnologias nas relações comerciais, é imperioso que seu uso seja pautado na boa-fé e não haja abuso do direito, aplicando-se, para tanto, o Código de Defesa do Consumidor que deve ser interpretado de acordo com as disposições do Código Civil[26].

E, sob essa perspectiva, de acordo com o determinado no artigo 187 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que ao exercer um direito, abusa dos limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ademais, a Constituição Federal prevê, ainda, em seu art. 173, §4º a repressão à abusos econômicos, inclusive quando visar eliminação da concorrência, dominação de mercado e aumento arbitrário de lucro. Por sua vez, protege e fundamenta a ordem econômica na livre concorrência, razão pela qual tais atos de discriminação, também sobre a perspectiva da Constituição Federal devem ser coibidos.

Considerando o risco à sociedade, aos consumidores e a ofensa à ordem econômica, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso no mandado de segurança impetrado em razão de ter sido decretado o segredo de justiça em ação civil pública fundamentada na prática, pela empresa Decolar.com, de atos discriminatórios de *geoblocking* e *geopricing* contra os consumidores.

Vale mencionar que, em sede de agravo interno em Recurso em Mandado de Segurança nº 61306 – RJ, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 07/12/2021, foi reconhecida a nulidade dos atos processuais em razão da ausência de citação da parte litigante no mandado de segurança. Todavia, de toda maneira, a matéria que na decisão monocrática foi ventilada é de extrema importância e as ementas merecem ser destacadas[27]:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.306 – RJ (2019/0199274-6) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RECORRIDO: DECOLAR.COM LTDA ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECRETAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. GEODISCRIMINAÇÃO. GEO-PRICING. GEO-BLOCKING. PROCESSO COLETIVO. PUBLICIDADE. NECESSIDADE, COM RESGUARDO APENAS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.
> 1. As práticas de "geodiscriminação" - discriminação geográfica de consumidores -, como o geo-pricing e o geo-blocking, desenvolvem-se no contexto da sociedade de risco e da informação, por intermédio de algoritmos computacionais, e - se comprovados - possuem a potencialidade de causar danos a número incalculável de consumidores, em ofensa ao livre mercado e à ordem econômica.
> 2. O processo coletivo, instrumento vocacionado à tutela de situações deste jaez, é moldado pelo princípio da informação e publicidade adequadas (fair notice), segundo o qual a existência da ação coletiva deve ser comunicada aos membros do grupo.
> 3. A publicidade, erigida a norma fundamental pelo novo Código de Processo Civil (Art. 8º), garante transparência e torna efetivo o controle da atividade jurisdicional, motivo pelo qual também representa imperativo constitucional conforme se depreende do caput do art. 37 e do inciso IX do art. 93.

[24] ALMEIDA, op. cit.
[25] Op. cit.
[26] Ibid.
[27] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no recurso em mandado de segurança nº 61306 – RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, *DJe*. 09.12.2019.

> 4. Não se desconhece que, em hipóteses excepcionais, é possível a decretação de sigilo de processos judiciais, conforme dispõe o art. 189 do CPC/2015. No entanto, na hipótese, tendo em vista os princípios que informam o processo coletivo e as garantias constitucionais e legais que socorrem os consumidores, o que na verdade atende o interesse público ou social é a publicidade do processo, que versa sobre possível prática de "geodiscriminação".
> 5. Outrossim, conforme requerido pelo próprio Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e com o escopo de, a um só tempo, resguardar o interesse público e preservar direitos de propriedade intelectual, considero razoável a manutenção do segredo de justiça tão somente no que diz respeito ao algoritmo adotado pela Decolar.com Ltda. e à eventual perícia de informática relativa a tal algoritmo em toda a base de dados adotada para a operação do sistema de reservas eletrônicas.
> 6. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.
> (DJe 09.12.2019, e-STJ Fl. 217/228)

No tocante à prática de tratamento discriminatório e meios de coibir tais práticas, embora não se trate de direito do consumidor, é importante mencionar decisão que deferiu a produção de prova pericial no algoritmo inserido no código-fonte da plataforma Uber, em reclamação trabalhista movida de face para a referida empresa em mandado de segurança n.º 0103519-41.2020.5.01.0000[28].

Cumpre esclarecer que o referido mandado de segurança foi impetrado em razão de pretensão relacionada ao impedimento de produção de prova tendo em vista que houve o deferimento da produção da mencionada prova, com o propósito de verificar se a referida plataforma de serviços de viagens realizaria a prática de discriminação de preços na determinação de valores a serem pagos aos trabalhadores em razão de avaliações feitas por consumidores e preferências/preterição de tais prestadores de serviço.

Vale esclarecer que a segurança foi denegada no referido *mandamus* e ratificada por agravo regimental pela Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, de relatoria da Desembargadora Raquel de Oliveira Maciel a qual determinou que, em razão da relevância da matéria no tocante ao interesse social público, à coletivização do interesse que engloba a comunidade globalizada laboral, empresarial, academia e jurídica, resguardando, por outro lado, o segredo do negócio com a garantia de sigilo. Nesse sentido, destacamos a ementa do mencionado julgado:

> MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. PLATAFORMA DIGITAL. VÍNCULO DE EMPREGO. PERÍCIA EM DADOS DE ALGORITMO. NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E LIMITES. JUIZ NATURAL. INDEPENDÊNCIA. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO FUNDANTE. TRANSCENDÊNCIA DO CASO, PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E CONTENÇÃO À LITIGIOSIDADE. Se a própria plataforma digital impetrante afirma que a prova documental e/ou oral disponível nos autos originários não é suficiente à configuração do vínculo de emprego cuja declaração se pretende, e se, a partir daí, o juiz natural do caso, diretor do processo, percebe fundamentadamente a necessidade de outros elementos instrutórios para a prestação da tutela jurisdicional a mais justa possível, nada impede que seja determinada a realização de perícia técnica dos dados do algoritmo utilizado na atividade empresarial, desde que, como se dá no caso concreto, refira-se à investigação devidamente parametrizada à luz dos fundamentos expostos nos artigos 2º e 6º, VI, da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados). Em homenagem ao princípio democrático fundante da atuação e independência da magistratura, não se pode tolher prova tida por necessária pelo juiz natural do caso, quando este resguarda devida e cuidadosamente os interesses de ambas as partes, conciliando, mediante segredo de justiça, a proteção do dado objeto da prova técnica com o caráter social do direito do trabalho. Se não prescindível para análise dos elementos fáticos que sustentam o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego nos autos originários, a decisão que determina a realização de perícia técnica em dados de algoritmos utilizados na atividade empresarial sem que esses sejam expostos publicamente, não só não viola direito líquido e certo de quem quer que seja, como estimula a aplicação do novel instituto da produção antecipada de prova como procedimento autônomo (discovery à brasileira), na forma do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, qualificada pelo caráter transcendente do caso, ante a reiterada manifestação da impetrante e de empresas similares em numerosos processos judiciais individualizados com origem comum, configurando, assim, importante instrumento jurídico de contenção à litigiosidade, e, portanto, eficiente mecanismo de fortalecimento de sociabilidade democrática. EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. Mantidos os fundamentos adotados na r. decisão agravada, porque não impugnados com argumentos outros que não a simples negação à interpretação adotada, não há como se acolher o agravo interposto. E, cumpridas todas as fases do procedimento cabível, com a prestação de informações pela d. autoridade coatora, manifestação

[28] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (1ª Região). *Mandado de Segurança: 0103519-41.2020.5.01.0000 RJ.* Relator: Raquel de Oliveira Maciel. Data de Julgamento: 22 abr. 2021, SEDI-2, Data de Publicação: 30 abr. 2021.

> do d. Ministério Público do Trabalho, e ciência e/ou manifestação das partes, inclusive do terceiro interessado, tem-se por exaurida a jurisdição no caso concreto. Segurança denegada. Prejudicado o agravo regimental. (TRT-1 - MS: 01035194120205010000 RJ, Relator: RAQUEL DE OLIVEIRA MACIEL, Data de Julgamento: 22/04/2021, SEDI-2, Data de Publicação: 30/04/2021).

Ademais, também merece destacar a necessidade de implementação de controles com o propósito de coibir as práticas discriminatórias, como, por exemplo, a utilização de ferramentas que permitem o controle acerca de quais os dados que podem ser utilizados para julgamento pelos algoritmos, resguardando, ainda, como dito, os direitos dos titulares, de modo que todo e qualquer tratamento observe as finalidades pela qual foi coletada e, ainda, acompanhe e controle os resultados dos sistemas e dos riscos de discriminação, com o objetivo de prevenir tais atos[29].

Por fim, a penalização dos atos de discriminação deve ser efetivada a fim de coibir tais atos, utilizando-se, para tanto, como parâmetro, as medidas dispostas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, somada as consequências de reparação de danos aos titulares, inclusive, as disposições do Código Civil e as relações privadas, especialmente no que tange ao artigo 187 da referida lei.

Considerações finais

Portanto, conclui-se que, embora o ordenamento jurídico brasileiro atualmente não trate expressamente das práticas de *geoblocking*, *geopricing* e precificação dinâmica, na verdade, apresenta ferramentas e disposições as quais vedam tais práticas e as penaliza, notadamente porque consistem em atos ilícitos e discriminatórios ao consumidor. Assim, a aplicação de sanções na hipótese de tratamento discriminatório revela como instrumento de *enforcement* da legislação e para a consolidação de um ordenamento jurídico justo e igualitário, porquanto incentiva a proteção dos dados pessoais e a proteção dos consumidores.

Referências

ALMEIDA, Gilberto Martins. Notas sobre utilização de inteligência artificial por agentes empresariais e suas implicações no âmbito do direito do consumidor. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência Artificial e Direito.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 421-434.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (livro eletrônico).

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna (coord.). *Curso de proteção de dados pessoais*: fundamentos da LGPD. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FRAZÃO, Ana. *Precificação dinâmica e danos ao consumidor.* JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-dinamica-e-danos-ao-consumidor-27032024?non-beta=1. Acesso em: 15 abr. 2024a.

FRAZÃO, Ana. *Geo pricing e geo blocking*. As novas formas de discriminação de consumidores e os desafios para o seu enfrentamento. JOTA. Disponível em: http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-08-15-Geo_pricing_e_geo_blocking_As_novas_formas_de_discriminacao_de_consumidores_e_os_desafios_para_o_seu_enfrentamento.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024b.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O geopricing e geoblocking e seus efeitos nas relações de consumo. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência Artificial e Direito*. Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-28.1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/198921448/v1/page/RB-28.1. Acesso em: 24 abr. 2024.

MIRANDA, Maria Bernadete *et al*. *Breve histórico do consumo e a proteção do consumidor*: "O consumo é a única finalidade e o único propósito de toda produção." Adam Smith. Estado de Direito, 2017. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/breve-historico-do-consumo-e-protecao-do-consumidor/.Acesso em: 24 mar. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no recurso em mandado de segurança nº 61306 – RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, *DJe*. 09.12.2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde, MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.* Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-22.1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/195107452/v1/page/RB-22.1. Acesso em: 10 ago. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Público. Embargos de Declaração Cível oposto em Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100/50003. Relator: Antonio Celso Faria, DJ 18.03.2024, *DJe* 22.01.2024.

[29] FRAZÃO, op. cit., 2022.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (1ª Região). *Mandado de Segurança 0103519-41.2020.5.01.0000 RJ.* Relator: Raquel de Oliveira Maciel. Data de Julgamento: 22 abr. 2021, SEDI-2, Data de Publicação: 30 abr. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínsica, 2021.

Obras consultadas

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo:* a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. *Lei no 13.709 de 14 de agosto 2018, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015- 2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 1 abr. 2024.

FRAZÃO, Ana. *Capitalismo de vigilância e black box society*. JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-vigilancia-e-black-box-society-28022019?non-beta=1. Acesso em: 15 abr. 2024a.

FRAZÃO, Ana. *O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas*. JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018?non-beta=1. Acesso em: 15 abr. 2024b.

FORGIONI, Paula A; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. *Direito & Internet III; Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 2. p. 112-113.

LESSIG, Lawrence. *Code (version 2.0).* Nova Iorque: Basic Books, 2006. 411p.

LOBATO, Andre. "*Geopricing*": o preço de acordo com a "cara" Cliente !!! Disponível em: https://agazetadoamapa.com.br/geopricing-o-preco-de-acordo-com-a-cara-cliente/. Acesso em: 19 mar. 2024.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet. *In:* BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima (coord.). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (livro eletrônico). Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101614480/v3/page/1. Acesso em: 24 abr. 2024.

MORASSUTTI, Bruno Schmitt. Responsabilidade civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de geoblocking e geopricing. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 124, jul./ago. 2019.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZANATTA, Rafael A. F. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados pessoais. *In:* PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/245944643/v1/page/RB-13.1. Acesso em: 10 ago. 2023.

.

Inteligência Artificial e os sistemas de justiça na perspectiva humana

ANA ALICE VAZ
ANA LETÍCIA DOS SANTOS CETRONI
GABRIEL BORGHI AFFONSO
IZABELLE DE SOUZA AFONSO
JOÃO VICTOR BONFIM RIBEIRO DA SILVA
LAURA FÁBIA MELO RIBEIRO
RAFAELA CECILIA MILAN
Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

CARINA ALAMINO TRIDA
Advogada. Pós-graduada em Neurociência Aplicada ao Direito e Comportamento Humano pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP Ribeirão Preto. Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ALEXANDRE FONTANA BERTO
Advogado. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 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 presente trabalho busca analisar a presença da Inteligência Artificial e sua atuação dentro do campo jurídico, além das possíveis implicações que o uso dessa ferramenta pode acarretar na perspectiva mais humana do Direito. Ante a inevitável presença da Inteligência Artificial nas relações cotidianas, mister analisar a necessidade de regulamentação jurídica para seu uso, levando em consideração os projetos já existentes como é o caso da Regulamentação da Inteligência Artificial pela União Europeia (AI Act), bem como aqueles já em elaboração pelo judiciário brasileiro. Não menos importante abordar as particularidades da criação dos algoritmos e da presença de vieses que podem estar "ocultos" atrás das decisões e respostas dadas pelos softwares de Inteligência Artificial. Por fim, necessário que se observe a relação humano x máquina, destacando que, não é possível crer que as ferramentas de IA possam ter outra função que não a de auxiliar o ser humano sem jamais substituí-lo.

Palavra-chave: Inteligência Artificial. Direito. Ser humano.

Abstract: This work seeks to analyze the presence of Artificial Intelligence and its performance within the legal field, in addition to the possible implications that the use of these tools may have on the more human perspective of Law. Considering the inevitable presence of Artificial Intelligence in everyday relationships, it is necessary to analyze the need for legal regulation for its use, taking into account existing projects such as the Regulation of Artificial Intelligence by the European Union (AI Act), as well as those already being drafted by the Brazilian judiciary. No less important is addressing the particularities of creating algorithms and the presence of biases that may be "hidden" behind the decisions and responses given by the Artificial Intelligence software. Finally, it is necessary to observe the relationship between human x machine, highlighting that it is not possible to believe that AI tools can have any other function than helping humans without ever replacing them.

Keywords: Artificial Intelligence. Law. Human being.

Introdução

O ser humano está em constante evolução, buscando aprimorar seus conhecimentos e encontrar novas formas de escrever sua história. Isso acontece desde que o homem tem consciência de seu potencial e do quanto suas ideias podem ser inovadoras. E sempre foi assim: da descoberta do fogo, até sistemas complexos que nos dão localizações geográficas em questão de segundos. Da invenção do computador até a criação de um robô que pode "ler" emoções humanas e, em um piscar de olhos, identificar tristeza, felicidade, angústia ou qualquer outro sentimento.

Em que pese essa realidade possa parecer assustadora e causar estranheza, ela já está presente e não há como se esconder do impacto que a mesma pode causar no nosso dia a dia.

O Direito, ao ter uma relação tão intrínseca com os seres humanos e com todo o ambiente que os rodeia, recebe influência dessas inovações e, porque não dizer, as influência também. A tão imaginada e estudada Inteligência Artificial (IA) já é uma presença constante no universo jurídico, seja por meio de seu uso nos Tribunais,

com as mais diversas ferramentas ou como uma fonte de auxílio e celeridade nos escritórios de advocacia, ganhando cada vez mais adeptos convencidos dos benefícios trazidos pela inteligência generativa.

O uso cada vez maior da IA tem ensejado diversos países a buscarem instrumentos normativos de regulamentação de sua utilização em uma prudente necessidade de salvaguardar seus usuários e as implicações e/ou riscos que o uso indiscriminado dos softwares pode acarretar. Mas mesmo com todos esses esforços, um aspecto deve ser constantemente lembrado: os softwares de Inteligência Artificial são criados a partir de algoritmos, que, por sua vez, são criados por mentes humanas.

Nesse contexto, emergem alguns questionamentos: A atuação da inteligência artificial pelos sistemas de justiça estará restrita ao exercício de tarefas meramente burocráticas? Será possível criar formas de controle para identificar até que ponto pronunciamentos de linguagem baseados em inteligência artificial atuam segundo códigos formados pela rede neural instituída pela IA? Quais os limites na produção de manifestações jurídicas através da IA? Será possível conhecer as fronteiras da atuação humana e estabelecer limites que definam se o pronunciamento advém da atividade humana ou decorre de intervenção exclusivamente baseada na IA?

A busca por respostas a esses questionamentos foi o que norteou o presente estudo.

Inteligência Artificial e sua regulamentação

A Comissão Europeia, representada por um grande bloco econômico, foi a responsável por criar a primeira regulamentação acerca do uso e desenvolvimento da Inteligência Artificial – IA, o chamado "Regulamento da Inteligência Artificial da União Europeia" (AI Act). A proposta da Comissão é um marco e serve de modelo para os demais países, caracterizando-a como uma grande potência em legislar sobre tecnologias disruptivas.

A citada regulamentação se apresenta de maneira complexa, apontando diversos fatores que devem ser analisados e discutidos minuciosamente. Ela tem como objetivo estabelecer regras e limites acerca do uso e crescimento da inteligência criativa, com o objetivo de garantir a segurança, privacidade, transparência, controle, avaliação de risco, respeito pelos direitos humanos e principalmente para que não haja discriminação por parte dos algoritmos. Cumpre informar que não se trata de resistência ao avanço tecnológico, mas sim de oferecer ao ambiente harmonia e segurança entre as partes envolvidas.

O Brasil, por sua vez, deu início aos seus estudos regulamentadores acerca do uso da Inteligência Artificial, no ano de 2019. O projeto de Lei n.º 5051/2019[1], proposto pelo Senador Styvenson Valentim do partido PODEMOS/RN, foi o primeiro a tratar sobre o assunto, estabelecendo princípios para o uso da IA com a finalidade de melhorar o bem-estar humano. Os princípios são expressos no artigo 2º da Lei, quais sejam: I – o respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade; II – o respeito aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade; III – a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais; IV – a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas; V – a supervisão humana.

Posteriormente, Valentim apresentou o projeto de lei 5691/2019[2], que visa instituir a Política Nacional de Inteligência Artificial, com o objetivo de estimular a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento de

[1]BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 5051/2019.* 2019a. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-5051-2019?_gl=1*oqphz0*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDUyNi4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

[2]BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 5691/2019.* 2019b. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-5691-2019?_gl=1*1hh8t7t*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDQ0NS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

tecnologias em IA, conforme expressa o artigo 1º do respectivo projeto. Esta proposta apresenta os mesmos princípios da proposta anterior, apenas acrescido de novas diretrizes constantes em seu artigo 3º:

> I - estabelecimento de padrões éticos para o uso da Inteligência Artificial;
> II - promoção de crescimento inclusivo e sustentável;
> III - melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos à população;
> IV - estímulo a investimentos públicos e privados em pesquisa e desenvolvimento da Inteligência Artificial;
> V - promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas;
> VI - desenvolvimento de estratégias para incrementar o intercâmbio de informações e a colaboração entre especialistas e instituições nacionais e estrangeiras;
> VII - estímulo às atividades de pesquisa e inovação das instituições de Ciência, Tecnologia e de Inovação;
> VIII - desenvolvimento de mecanismos de fomento à inovação e ao empreendedorismo digital, com incentivos fiscais voltados às empresas que investirem em pesquisa e inovação;
> IX - capacitação de profissionais da área de tecnologia em Inteligência Artificial;
> X - valorização do trabalho humano;
> XI - promoção de uma transição digital justa com a mitigação das consequências adversas da Inteligência Artificial para o mercado de trabalho e para as relações trabalhistas.

Não obstante, no ano de 2020 foi apresentado o projeto de Lei nº 21/2020[3] pelo Deputado Eduardo Bismarck do partido PDT/CE. Diferentemente dos demais, este projeto expressa fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da IA no Brasil. Ademais, o artigo 2º de maneira positiva inova ao conceituar a Inteligência Artificial como:

> sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo predições, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar, técnicas como:
> I – sistemas de aprendizagem de máquina (*machine learning*), incluída aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço;
> II – sistemas baseados em conhecimento ou em lógica;
> III – abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização.

Em 2021, o Senador Veneziano Vital do Rêgo do partido MDB/PB apresentou o Projeto de Lei nº 872/2021[4], que aborda os fundamentos, diretrizes e princípios sobre o uso da IA no Brasil de maneira mais simplificada que o PL 21/2020. Ao final do documento, verifica-se o tópico "Justificação" dando destaque à Declaração de Montreal e às recomendações para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Por fim, o Senador Rodrigo Pacheco do partido PSD/MG, apresentou o projeto de Lei nº 2338/2023[5], que atualmente é o mais completo. O PL 2338/2023 dispõe sobre I- fundamentos, II- princípios, III- diretrizes, IV- definições, V- condições das pessoas afetadas por sistemas de IA, VI- direitos associados a informações e compreensão das decisões tomadas por sistemas de IA, VII- direito de contestar decisões e de solicitar intervenção humana, direito da não-discriminação e à correção de vieses discriminatórios diretos, indiretos, ilegais e abusivos, VIII- categorização por risco, sendo avaliação preliminar, risco excessivo e alto risco, IX- governança dos sistemas de Inteligência Artificial.

O respectivo texto fixa direitos básicos e transversais partindo do pressuposto de interação entre máquina e ser humano, agregando diferentes áreas do conhecimento voltadas para a compreensão e construção da realidade

[3]BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 21/2020.* 2020. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-212020?_gl=1*cuflq8*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDI1Ni4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.
[4]BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 872/2021.* 2021. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-872-2021?_gl=1*1kyr5p2*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDc5MS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.
[5]BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 2338/2023.* 2023. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-2338-2023?_gl=1*1o11075*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDY1MS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

social. Vale ressaltar que o projeto possui elementos semelhantes aos abordados na legislação da UE, como a categorização por risco.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) elaborou a Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial[6] para que os Estados-membros apliquem de maneira voluntária as disposições presentes na Recomendação. O Brasil, por sua vez, é um dos Estados-membros, podendo utilizar-se deste documento como referência para a construção de sua regulamentação própria.

Portanto, possível verificar que as propostas de leis brasileiras são baseadas em valores e princípios gerais e não específicos, em conformidade com a sugestão do presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Roberto Barroso, quem acredita que a capacidade de compreensão e normatização não alcançam os avanços tecnológicos[7]. Em contrapartida, a legislação europeia é baseada em princípios gerais e específicos, passiva de futuras adequações com a realidade.

Inteligência Artificial e base no uso de algoritmos

O funcionamento da Inteligência Artificial se dá a partir de "sistemas de dados programados para dar respostas conforme a base de dados disponível"[8].

Tais sistemas são chamados de algoritmos que poderiam ser conceituados como[9]:

> conjuntos finitos de instruções claras e bem definidas, projetadas para realizar uma tarefa ou resolver um problema. É como um fluxograma, com etapas bem estabelecidas.
> Essas instruções são executadas sequencialmente e são fundamentais para a programação de computadores, uma vez que possibilitam que máquinas processem dados, tomem decisões e realizem ações complexas.

Analisado de forma individual, o algoritmo tem uma contribuição limitada para a compreensão do funcionamento da Inteligência Artificial. Isso ocorre porque as operações de um computador não se resumem à aplicação de uma única "receita', mas sim à integração de múltiplas delas, todas direcionadas para uma mesma tarefa que, por sua vez, se conecta a outras tarefas a fim de alcançar os objetivos da máquina.

Um algoritmo não costuma ter vida própria e é útil quando encapsulado num programa que, combinando-o com outros algoritmos, permite o cumprimento de certa tarefa pela máquina. Com base nos programas, são formulados os sistemas que cabem, de uma maneira mais própria, no conceito de software.

Portanto, algoritmo, programa, sistema e software denotam uma ordem ou sequência natural de organização de elementos pela qual se dá condições de utilidade a algoritmos.

A Inteligência Artificial, a bem da verdade, vai além da mera automação, pois envolve o processamento de vastos conjuntos de dados e o uso de softwares com capacidade de melhorar sem a necessidade de programação específica para cada tarefa que será realizada[10]:

---

[6]UNESCO. *Recomendação sobre a ética da inteligência artificial.* Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por. Acesso em: 4 abr. 2024.
[7]PODER360. Barroso defende regulamentação da IA baseada em "princípios gerais". 29 jan. 2024. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/barroso-defende-regulamentacao-da-ia-baseada-em-principios-gerais/ Acesso em: 1 abr. 2024.
[8] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, 2018. p. 423.
[9]TOTVS. *O que são algoritmos?* Veja como funcionam e seus impactos. Disponível em: https://www.totvs.com/blog/inovacoes/o-que-sao-algoritmos/. Acesso em: 16 abr. 2024.
[10] PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da Inteligência Artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 238-254, dez. 2017. p. 242. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951. Acesso em: 15 abr. 2024.

> Para definir a Inteligência Artificial, Russel e Norvig identificam duas principais características: uma associada como processo de raciocínio e motivação, e outra ligada ao comportamento. Nesse sentido, a principal diferença entre um algoritmo convencional e a IA está, justamente, na habilidade de acumular experiências próprias e extrair delas aprendizado, como um autodidata. Esse aprendizado, denominado de *machine learning*, permite à IA atuar de forma diferente em uma mesma situação, a depender da sua performance anterior — o que é muito similar à experiência humana.

Partindo do pressuposto que a atuação das IA(s) é extremamente potente e que a evolução tecnológica é praticamente ilimitada, a perspectiva é que a atuação da IA no campo jurídico se expandirá de forma extraordinária, afetando diretamente o âmago dos sistemas de justiças que estão baseados fundamentalmente em linguagem.

Em outros termos, se o direito é essencialmente linguístico em seus pronunciamentos (petições e decisões) somente tomam corpo nas relações processuais através da linguagem e se a IA consubstancia-se também em formular conexões linguísticas através da rede neural artificial.

Logo, o direito tende a caminhar a partir de critérios baseados em algoritmos na medida em que a formulação de consultas ou pesquisas capazes de gerar petições e decisões estão baseadas em *prompts* e a resposta a tais questionamentos decorre das conexões entre palavras, levando-se à alarmante conclusão de que a forma como são construídas as respostas à rede neural geradora da IA constituirá o cenário de criação do direito.

Influência humana nos algoritmos: a questão dos vieses e seus riscos

É sabido que a atuação humana no direito carrega consigo a franca atuação de vieses cognitivos. Se na própria atuação humana no Direito já é possível notar uma forte carga de vieses, possível considerar que esses vieses podem estar presentes também na criação de decisões e petições por intermédio da IA.

O uso crescente de Inteligências Artificiais traz à tona o seguinte questionamento: seria a Inteligência Artificial imparcial, livre de vieses?

A resposta é não. Isso porque ela é treinada por seres humanos, que são repletos de vieses e parcialidade. Eles começam a surgir a partir do momento em que dados são inseridos a fim de treinar o sistema e são mais visíveis nos algoritmos. A máquina não é preconceituosa e parcial por si só, mas "se torna" por conta da subjetividade humana.

Nesse sentido, é necessário discutir sobre quão influenciáveis serão as decisões de uma Inteligência Artificial em áreas mais sensíveis e suscetíveis aos preconceitos humanos e vieses, como o Direito – por exemplo, nas sentenças e nas avaliações de progressão de regime.

No Brasil, sistemas de pontuações de risco sobre envolvimento em novos crimes baseados no rosto do indiciado não são utilizados, diferentemente de alguns estados norte-americanos, como Arizona, Colorado, Delaware, Kentucky, Louisiana, Oklahoma, Virgínia, Washington e Wisconsin, nos quais há um programa de computador que, baseado nas características do acusado, "prevê" a probabilidade deste cometer outro crime futuramente, e os resultados das avaliações feitas por ele são entregues aos juízes durante a sentença criminal[11].

À guisa de elucidação, em 2014, nos Estados Unidos, um mesmo programa foi utilizado para prever a probabilidade de duas pessoas cometerem um crime futuro: Brisha Borden – mulher negra, presa na ocasião por furto de uma bicicleta e uma *scooter* avaliadas em US$ 80,00 e que já tinha antecedentes por contravenções penais quando era menor de idade –, e Vernon Prater – homem branco, preso por furtar US$ 86,35 em ferramentas em

[11] ANGWIN, Julia *et al*. *Machine bias*: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. 2016. Disponível em: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 10 mar. 2024.

uma loja, o qual já havia sido condenado por assalto à mão armada e tentativa de assalto à mão armada, além de uma acusação também do mesmo crime.

Para Brisha, a máquina avaliou o risco em 8 pontos (alto), enquanto que para Vernon, em 3 (baixo). Dois anos depois, foi notório o erro da inteligência, baseado, claramente, em vieses preconceituosos, pois Borden não foi acusada por nenhuma outra transgressão, enquanto Prater cumpriu pena de oito anos por roubar milhões de dólares em eletrônicos[12]. Por conta disso, o próprio procurador geral à época (2014) admitiu que tais pontuações de risco estavam aumentando o preconceito nos tribunais[13]:

> Embora estas medidas tenham sido elaboradas com a melhor das intenções, receio que possam inadvertidamente minar os nossos esforços para garantir uma justiça individualizada e igualitária. Ao basear as decisões de condenação em fatores estáticos e características imutáveis – como o nível de educação do acusado, o contexto socioeconômico ou a vizinhança – pode-se exacerbar disparidades injustificáveis e injustas que já são muito comuns no nosso sistema de justiça criminal e na nossa sociedade. (tradução nossa).[14]

Nesse contexto, é nítido o risco oferecido para a sociedade no que diz respeito à Inteligência Artificial, que, por ser programada por humanos, pode vir a reproduzir seus preconceitos e aplicá-los nas tomadas de decisão e previsões. Uma alternativa para isso seria corrigir o modelo quando um viés interferisse na decisão, assim como acontece quando fazem previsões incorretas. Nesse sentido Nideröst ensina[15]:

> Como a máquina aprende com as informações fornecidas por nós, e não tem meios de contrastar essas informações com uma imagem maior, qualquer viés contido no conjunto de dados para treinamento, influenciará as previsões e as decisões adotadas pela máquina.

Logo, se utilizadas indevidamente, as Inteligências Artificiais apenas reproduzirão aquilo que aprenderam, informações e estatísticas baseadas em etnia, classe socioeconômica, sexualidade, identidade de gênero, cultura e tudo o que permeia o pensamento do homem, o "alimentador" dos algoritmos que padronizará a máquina.

Daí, pois, a relevância de se estabelecer métodos que permitam identificar as fronteiras da atuação da IA e da atividade humana, notadamente para se tentar melhor compreender quais foram os desdobramentos de vieses humanos na própria atuação jurídica, mas também compreender até que ponto a própria IA está influenciada pelos vieses dos responsáveis por colocá-la em prática.

Inteligência Artificial e os sistemas de justiça: senso crítico e Inteligência Artificial como uma possível desumanização do Direito

A partir dos avanços tecnológicos e recentemente com a criação de robôs que simulam interações e respostas humanas através da resolução de problemas, tendo como base a compreensão da linguagem, passando pelo ambiente da realidade virtual, ou seja, todo esse processo de criação, passa pela interpretação humana. Com base nisso, é possível observar que as inovações tecnológicas estão intrinsecamente conectadas com a relação humana, e, conforme o Direito vêm sendo moldado a partir da construção da sociedade, constata-se o impacto que

[12] Id.
[13] ESTADOS UNIDOS. Procurador geral (2009-2015: Eric Holder). *Discurso para "The National Association of Criminal Defense Lawyers 57th Annual Meeting and 13th State Criminal Justice Network Conference".* Filadélfia, 1 ago. 2014. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-national-association-criminal-defense-lawyers-57th. Acesso em: 10 mar. 2024.
[14] Although these measures were crafted with the best of intentions, I am concerned that they may inadvertently undermine our efforts to ensure individualized and equal justice. By basing sentencing decisions on static factors and immutable characteristics – like the defendant's education level, socioeconomic background, or neighborhood – they may exacerbate unwarranted and unjust disparities that are already far too common in our criminal justice system and in our society.
[15]NIDERÖST, Bárbara Perner. *Viés humano, algoritmos e inteligência artificial*. 2023. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2023. p. 55. Disponível em: https://www.iscte-iul.pt/tese/13188. Acesso em: 14 mar. 2024.

as inovações tecnológicas vêm causando dentro do ambiente jurídico, com ênfase no uso da inteligência artificial entre os tribunais.

O uso dessas ferramentas é algo presente e marcante na sociedade atual. Seja em escritórios de advocacia, cartórios e tribunais, as pessoas utilizam dessas ferramentas como pesquisa jurídica, análise e relevância de documentos, compreensão e estruturação dos processos, aplicação da ordem jurídica vigente e até como uma forma de prever possíveis decisões judiciais diante de uma lide. Fomenta-se a todo momento a possibilidade de replicar nas inteligências artificiais todos os métodos da criação humana.

A harmonia entre a utilização da IA e elementos fundamentais na aplicação do Direito como a imparcialidade, espontaneidade, criatividade, empatia e conexão, características que são presentes dentro do universo jurídico entre os magistrados, advogados e auxiliares de justiça, constitui questão de alta relevância.

A rede neural constituinte da IA é criada com base no modo operacional de cada profissional e passa a trabalhar da forma com que ele, profissional, julga como a mais correta, a exemplo do que ocorre com a criação do Victor, programa que, desde agosto de 2018, está sendo usado no Supremo Tribunal Federal para identificação dos temas mais recorrentes de repercussão geral, utilizado, nesse panorama, como uma ferramenta auxiliadora no juízo de admissibilidade dos recursos.

Se, por um lado, acredita-se que com a criação das IA's há uma maior rapidez da máquina judiciária, por outro, depara-se com a possível desumanização nos métodos de aplicação do direito, pois não há um elemento humano identificador das questões envolvidas na controvérsia, de forma que a solução se dá mediante utilização de conexões de palavras em aproximação para um resultado possível.

O processo decisório é mais amplo do que uma mera formulação do texto escrito e associações por uma rede neural. Embora se tenha uma expressão formal e escrita que busque a racionalidade da atividade jurisdicional, é certo que apenas a utilização do método de conexão neural pode não ser suficiente para identificar elementos humanos essenciais na obtenção das conclusões, ou seja, não é recomendável se escapar à análise humana que a lógica formal decorrente das IA's não consegue substituir.

Dessa forma, o uso das inteligências artificiais pode auxiliar significativamente a máquina judiciária no auxílio para seleção e adequação de determinados processos às formas de conclusão previstas no sistema (como, por exemplo, adequação aos temas de recursos, súmulas ou precedentes de aplicação obrigatória), sem perder de vista o aumento da previsibilidade das decisões judiciais e consequentemente aumentando a segurança jurídica.

Entretanto, é preciso se acautelar quanto à consciência de que tais métodos não são capazes de considerar determinadas nuances e contextos sociais e outros aspectos humanos relevantes dentro do processo decisório em que apenas os juristas através da prática juntamente com o senso crítico e juízo de valor conseguem realizar, revelando-se, por conseguinte, importante e necessário estar-se ciente que em uma sociedade cada vez mais informatizada, o direito, a despeito de acompanhar o avanço tecnológico, deve evitar a desumanização e perda do senso crítico do direito.

Justiça no mundo da Inteligência Artificial

O uso da tecnologia de Inteligência Artificial (IA) na Justiça, em todo o mundo tem gerado diferentes resultados. A China, desde 2016, desenvolve um conceito de "Tribunal Inteligente" por meio do qual a IA busca melhorar o sistema judicial alertando o judiciário de possíveis "erros humanos" em decisões. A tecnologia de IA

na China pode influenciar em muitas coisas e, segundo os criadores, poderia até alterar veredictos que poderiam estar "contaminados por erros humanos".

O sistema do "Tribunal Inteligente", com uma plataforma online visava agilizar a tramitação dos processos e incluir dados, propiciando relatórios estatísticos e preditivos[16].

Outro exemplo que pode ser anotado é com relação à Comissão Europeia que, aproximando o sistema de justiça a avanços tecnológicos, sugere seis pontos principais a serem observados, entre elas que as tecnologias escolhidas pelos Estados e Judiciários sejam mais eficientes, acessíveis e imparciais. Sugere, ainda, que os tribunais tenham um *pipeline* (um tipo de ferramenta) para monitorar e gerenciar o fluxo das ações e evitar a morosidade na tramitação processual, podendo acompanhar o volume e produtividade dos feitos[17].

Trazendo essa realidade para o Brasil, possível observar que nas últimas décadas os tribunais têm buscado realizar essa mudança do processo físico para o digitalizado. Como é o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), que iniciou em 2006 a implantação do processo eletrônico e desde 2015 não recebe mais processos físicos. O mesmo Tribunal segue introduzindo novas tecnologias, seja por meio de IA, *big data*, *blockchain* etc., sem que perca a perspectiva e a relevância dos direitos fundamentais, que possam ser comprometidos com julgamentos automatizados, sem salvaguardas.

Como a Inteligência Artificial tem sido usada na justiça?

Para o mundo jurídico a IA traz a oportunidade de auxiliar na redução do congestionamento causado pelo excessivo número de processos, decorrente, como se sabe, da quantidade crescente de demandas e o aumento de litigiosidade na sociedade.

É sabido que a Inteligência Artificial pode ser utilizada no embasamento de decisões mais uniformes, reduzindo assim o tempo e custo dos processos em tramitação, fortalecendo e aprimorando o sistema de justiça. No entanto, isso requer certa cautela, uma vez que a IA deve ser uma ferramenta auxiliar, respeitando a necessidade de orientação e participação humanas nos processos decisórios, além de assegurar o direito ao devido processo legal, ao juiz natural e contraditório, importantes pilares constitucionais dos sistemas de Justiça.

A Inteligência Artificial já tem sido muito utilizada no meio jurídico para a investigação de fraudes, análise de documentos e contratos, análises preditivas e tomada de decisões, prevenção de crimes, análises de risco e solução de controvérsias nos tribunais americanos.

E o que a IA pode acarretar na Justiça?

Segundo Tomasevicius[18], as questões legais do uso da IA ainda estão sendo debatidas e analisadas no mundo inteiro. Na Europa, por exemplo, é possível observar avanços para uma fase já de concretização da legislação. Já no Brasil, existem projetos de lei em andamento, porém, ainda sem sistematizações definidas.

Alguns acreditam que o uso da IA traz eficiência aos processos, enquanto outros apontam que isso afeta a visão humana sobre as análises jurídicas. Para Tomasevicius, é necessário desenvolver consciência e fundamentos sólidos para que as legislações do futuro sejam seguras e tragam benefícios para todos.

[16]RIVELLI, Fabio. *Inteligência Artificial cria diferentes caminhos na Justiça*. Migalhas, 20 dez. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/ia-em-movimento/378892/inteligencia-artificial-cria-diferentes-caminhos-na-justica. Acesso em 30.mar.2024.
[17]Id.
[18]Id.

Danilo Doneda, jurista brasileiro que colaborou ativamente para a criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, aponta que[19]:

> O debate sobre a Inteligência Artificial passa por eximir do risco da discriminação quanto para garantir que escolhas relevantes sobre a vida de uma pessoa não sejam tomadas por critérios opacos – o que poderia impedir que a própria pessoa esteja em condições de realizar as escolhas que serão mais adequadas para a sua própria vida.

Stephen Hawking, físico teórico e um dos mais proeminentes cientistas do mundo, afirmou na maior conferência de tecnologia da Europa, o *Web Summit*[20]:

> Todos os aspectos de nossas vidas serão transformados. A Inteligência Artificial pode se mostrar a maior invenção da história da civilização ou a pior. Ainda não sabemos se seremos beneficiados ou destruídos por ela.

É visível que a IA pode, por um lado, contribuir para a Justiça de forma a tornar a tramitação dos processos mais ágeis, desafogando o judiciário, que se encontra com grande sobrecarga processual facilitando assim o atendimento e cumprimento da demanda da sociedade, mas, por outro lado, pondera-se que uma IA poderá excluir o ponto de vista humano, uma vez que a IA não terá o senso crítico e a sensibilidade característica dos homens para julgar determinados casos, podendo resultar em decisões que levem em consideração apenas a aproximação terminológica de palavras através de redes neurais, ampliando desigualdades e injustiças já existentes.

A IA, quando não utilizada da forma correta, também pode promover manipulação social e política e para o vazamento de dados. Por isso, é fundamental garantir que os sistemas de IA sejam éticos, responsáveis e livres de vieses.

Ressalta-se que a sociedade convive com constantes mudanças, em virtude das quais decorre a necessidade de aprimoramento da ordem jurídica, o que é feito através de um sistema de balanceamento e ponderação das decisões judiciais. Possível citar, a título de exemplo, que, a despeito de o Código Civil de 2002 estabelecer que o casamento somente seria possível entre homens e mulheres, o Supremo Tribunal Federal autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, direito esse que, embora não especificamente previsto na lei, decorre da observância aos princípios constitucionais.

Nessa perspectiva, em linha com a ideia de que a sociedade está em constante evolução, e que o Direito é um sistema regido por diversas ferramentas, interessante refletir se a IA seria capaz de acompanhar as diversas mudanças societárias ou se causaria um retrocesso nos direitos humanos até então alcançados.

A insegurança jurídica do uso da Inteligência Artificial

É impossível se falar em "tecnologia" e "Inteligência Artificial" e não as associar tais palavras às grandes facilidades e possibilidades que são proporcionadas cotidianamente. Mas, até que ponto tais ferramentas são benéficas? Quais as inseguranças que o uso de tais ferramentas pode acarretar? Quais as consequências ao mundo jurídico?

Atualmente, a Inteligência Artificial e a própria tecnologia estão presentes em todos os cenários e profissões possíveis, sejam em ferramentas de trabalho, veículos de comunicação, automóveis, *smartphones* e até

[19]DONEDA, Danilo. *Frases de Danilo Doneda*. Disponível em: https://doneda.net/frases-de-danilo-doneda/. Acesso em: 5 abr. 2024.
[20]CAMPOS, Elisa. *Stephen Hawking*: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. Época Negócios, 7 nov. 2017. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html. Acesso em: 5 abr. 2024.

mesmo em sistemas operacionais. Com o Poder Judiciário não seria diferente. Sua necessidade no ordenamento jurídico deu-se inicialmente em razão do abarroado de demandas que assolam o judiciário brasileiro, de forma que inicialmente, buscava-se uma forma de distribuir as demandas, viabilizando assim o trabalho dos servidores do Poder Judiciário.

A IA tem sido aplicada nas mais diversas áreas do judiciário, desde o recebimento e cadastro de petições até a resolução direta de conflitos. Partindo de tal ponto, surge o ODR (*online dispute resolution*), *software* que fora desenvolvido para não apenas entregar um ambiente virtual em que as partes possam se comunicar, mas que também é responsável por proferir decisões arbitrais autônomas e que vinculam as partes.

Tal ferramenta surge como forma de viabilizar e tornar mais célere o processo judicial, de forma a garantir às partes envolvidas no processo soluções mais eficientes, acessíveis e eficazes, aumentando de forma considerável a qualidade do processo. Ademais, o referido software auxilia diretamente as partes na tomada de suas decisões, independente da esfera a que se proponham, seja ela judicial ou extrajudicial.

Diante de tamanhas praticidades proporcionadas o STF foi pioneiro na implantação de robôs no judiciário brasileiro, de forma que no final do ano de 2017, sobre a gestão da Ilustre Ministra Carmen Lúcia, mediante parceria firmada com a Universidade de Brasília, foi iniciado o projeto de desenvolvimento de uma ferramenta que auxilia diretamente o STF a analisar os recursos extraordinários recebidos de todos os cantos do país, em especial quanto a sua classificação sobre temas de repercussão geral com maior incidência à época[21].

O robô, nomeado de Victor (em homenagem ao falecido Ministro do STF durante os anos de 1960 a 1969, Victor Nunes Leal), foi o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmulas, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos.

Tais ferramentas, sejam elas para solução de conflitos ou viabilização dos serviços realizados pelos servidores, estão cada vez mais presentes no judiciário brasileiro. O outro claro exemplo é que recentemente o TJSP ampliou seu uso de robôs na 2ª instância de forma a viabilizar a prestação do serviço jurisdicional, de forma que no dia 08/02/2024 fora apresentada a ferramenta EVA[22], que utiliza a automação para o envio de e-mails em lotes, tarefa esta que era considerada repetitiva, demandando de servidores específicos para sua realização. Atualmente a ferramenta opera, em média, cerca de 630 e-mails diários, de forma que sua produtividade equivale ao trabalho de seis escreventes, caso estes se dedicassem exclusivamente a esta tarefa, o que se sabe que não ocorre no Brasil.

Outro importante fato a ser considerado é a regulamentação sobre a IA, de forma a transmitir a segurança jurídica necessária às pessoas e empresas afetadas pelas ferramentas, de modo que seja estabelecida entre as ferramentas de Inteligência Artificial e as pessoas (consumidores ou não) uma relação baseada na transparência e efetividade.

A legislação brasileira admite diversas interpretações, em diferentes áreas, como é o caso do direito penal. Até que ponto um robô ou software de Inteligência Artificial poderia conhecer as especificidades da interpretação humana?

[21]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1. Acesso em: 5 abr. 2024.
[22]SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *TJSP amplia uso de robôs na 2ª Instância*. Notícias, 9 fev. 2024. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=97260. Acesso em: 5 abr. 2024.

Diante de tais questões, o que seria um relevante motivo de valor social ou moral para um robô ou *software* de IA? O que poderia levar o autor a ser dominado por uma violenta emoção? O que seria uma injusta provocação da vítima?

Essas e outras questões não podem ser solucionadas pela IA, vez que necessitam serem analisadas por um ser humano, mais precisamente pelos magistrados, que aplicam o Direito não apenas com base nas diversas legislações existentes, mas também de acordo com os valores relevantes e importantes perante toda a sociedade.

Conforme demonstrado anteriormente, são inúmeros os benefícios que o uso das ferramentas de IA pode proporcionar a toda a sociedade, seja na esfera jurídica ou comum, auxiliando diretamente na busca por um judiciário mais eficiente e mais célere, de forma que são diversas as possibilidades de aplicação e otimização na esfera judicial.

No entanto, jamais a IA poderá substituir o papel do ser humano na tomada de decisões, devendo ser utilizadas apenas como ferramentas a auxiliarem o juiz na busca da melhor solução e que atenda ao interesse de todas as partes, reacendendo a fé e a esperança da população no Poder Judiciário do Brasil.

A necessidade de a IA preservar princípios e garantias constitucionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana

Indispensável a compreensão do Direito não apenas como temática que permeia a sobrevivência puramente material com vias à manutenção do tangível. O direito representa, acima de tudo, um instrumento que manifesta a base de uma organização social, civilizatória, regulando as relações que se auto constituem. Entende-se, então, que a edificação social coletiva é moldada pelas relações que derivam da dependência entre os indivíduos tendo em vista características de complementariedade das funções entre si.

Em linha com tal relevante função há a necessidade de instituir-se instrumentos regulatórios protetores das relações jurídicas, as quais possuem como características principais aquelas inerentes ao ser humano de maneira individual ou coletiva. Diante disto, elenca-se a imprescindibilidade de diplomas normativos, instrumentos que mantenham a coesividade entre os entes e estabeleçam direitos e deveres que permitam a estruturação do exercício livre e digno.

Cita-se de maneira primária a Carta Magna, especialmente seus elementos principiológicos, fundamentadores de garantias inerentes à proteção da dignidade humana, garantidora de direitos e deveres que recobrem todos os indivíduos sem distinção. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[23], nesse sentido, é elemento de sustentação estatal, apresenta conjunto de normas jurídicas, fundamentos principiológicos que ocupam o topo da hierarquia do Direito de um Estado.

Observados estes componentes introdutórios, cabe perguntar se à Inteligência Artificial é possível realizar a aplicação fidedigna dos preceitos estabelecidos dentro da Constituição, tanto na formatação expressa positivada, como implícita?

Em seu artigo primeiro, a Constituição Federal apresenta um rol de princípios fundamentais que constituem a República Federativa e o Estado Democrático de Direito, dentre eles um princípio protetor dos valores sociais.

[23]BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.Acesso em: 26 mar. 2024.

Elenca, ainda, em seu artigo quinto, cláusula pétrea, um compêndio de direitos e garantias individuais que visam justamente a proteção e o exercício digno do viver e suas variáveis manifestações. Nesse sentido, nos permitimos questionar: todos seriam iguais diante das aplicações submetidas por decisões da Inteligência Artificial?

A amplitude da Constituição torna excessivo mencionar todos os fundamentos protetores e reguladores da atividade humana, bastando que se compreenda a imprescindibilidade da força normativa da Constituição Federal de 1988 como manifesto de direito que possibilita o exercício dos seres em essência e suas múltiplas manifestações e funções dentro do plano coletivo.

A formação humana é um conjunto de aspectos que se inserem pelo meio, pelo externo, todavia é também um montante de elementos intrínsecos e característicos de cada indivíduo. Não é possível por tal predisposição relacionar de forma taxativa um ser que se move em autoconstrução constante. As pessoas apresentam uma multiplicidade de faces e perspectivas. As realidades e diversas temáticas as rodeiam e as descrevem - sexualidade, liberdade, dignidade, ideais. Retoma-se o questionamento, no que tange a esta pluralidade de manifestações, de ser e existir, a Inteligência Artificial teria a capacidade de compreender um ente, volátil, e "orgânico" em suas decisões?

Como exemplo é possível observar o Recurso Extraordinário RE 670.422 de relatoria do Ministro Dias Toffoli[24], que exemplifica pragmaticamente a indispensabilidade da aplicação humana do direito, por se tratar de matéria que nasce deste ser e suas relações.

Essa reflexão permite compreender a possível falha na aplicação estritamente formalizada e positivada que a Inteligência Artificial poderia emplacar, posto que uma interpretação baseada exclusivamente em entrelaçamento de palavras por redes neurais poderia levar à desconsideração de valores constitucionais de alta envergadura.

Em sua estrutura, a IA compreenderia as relações que se estabelecem entre os indivíduos, a forma como estes querem se manifestar, se identificar, se autodeterminar?

Fica clara, portanto, a lacuna entre a Inteligência Artificial e as temáticas que permeiam os Direitos Humanos, sobretudo os abordados na Declaração Universal dos Direitos Humanos como, por exemplo, o art. 2.1, que determina[25]:

> Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Embora as discussões estejam ainda em patamar inicial, é certo o risco que as formas de aplicação do direito através da inteligência artificial trazem na medida em que a imersão à base principiológica que implicou em relevantes conquistas para o cenário jurídico brasileiro, caso se proste às formas de aplicação não humanas, podem promover um tratamento jurídico que desconsidere os mais relevantes aspectos da atividade humana.

[24]RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 670.422*. 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 26 mar. 2024.
[25]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Unicef, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 26 mar. 2024.

Considerações finais

Os sistemas de IA são provenientes de redes neurais cuja principal função é promover a conexão entre palavras. Os impulsos nervosos comuns nos cérebros humanos são substituídos por números (algoritmos).

O sistema implantado pela IA leva em consideração a linguagem na forma de se efetivar as pesquisas e na obtenção das correlatas respostas, o que permite presumir notável fragilidade do sistema quanto às funções na utilização das ferramentas.

A função de aproximar, por palavras-chave, determinados recursos aos precedentes que os relaciona, deve ser analisada de forma completamente diferente da função indelegável de promover o julgamento de determinada ação.

Situação diametralmente oposta é a prolação da decisão judicial, tarefa essa que, por orientação do texto constitucional, constitui atribuição indelegável da autoridade jurisdicional.

Cabe, nesse cenário, propor a diferenciação entre função auxiliar da IA da função decisória e outras que possam dela se aproximar.

A IA constitui-se ferramenta extremamente benéfica quando se trata de funções auxiliares capazes de substituir atividades humanas burocráticas, porém é fundamental se chamar atenção à impossibilidade absoluta de substituição da atividade humana na criação, aplicação e estruturação do direito.

O risco reside no fato de que a atividade jurídica (tanto aquela relacionada ao peticionamento pelas partes quanto aquela atrelada às decisões) são naturalmente relacionados à linguagem utilizada como fonte de pesquisa, desenvolvimento e conclusão de textos jurídicos, conjuntura essa alterada substancialmente pelas redes neurais de inteligência artificial que, de forma semelhante à aplicação do direito, vale-se também da aproximação lógica entre expressões.

A semelhança entre os sistemas faz com que aumentem os riscos de utilização de ferramentas de IA com o objetivo de substituir funções essenciais à aplicação do direito, o que obviamente desvirtuaria os objetivos do sistema de justiça.

Claramente a adoção de sistemas que substituam a função humana nas deliberações por métodos fundados exclusivamente na IA para funções essenciais (como a de julgar) vilipendiaria a estrutura do devido processo legal.

Em conclusão, a atuação da inteligência artificial pelos sistemas de justiça deve se restringir a tarefas auxiliares, cabendo ao direito instituir formas de controle para identificar até que ponto pronunciamentos de linguagem baseados em IA atuaram segundo códigos formados por redes neurais instituídas pela IA, limitando a produção de decisões sem a atuação humana, estabelecendo, assim, limites que definam se o pronunciamento advém da atividade humana ou decorre de intervenção exclusivamente baseada na IA.

Referências

ANGWIN, Julia *et al*. *Machine bias*: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. 2016. Disponível em: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 21/2020.* 2020. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-212020?_gl=1*cuflq8*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDI1Ni4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 2338/2023.* 2023. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-2338-2023?_gl=1*1o11075*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDY1MS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 5051/2019.* 2019a. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-5051-2019?_gl=1*oqphz0*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDUyNi4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 5691/2019.* 2019b. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-5691-2019?_gl=1*1hh8t7t*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDQ0NS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 872/2021.* 2021. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-872-2021?_gl=1*1kyr5p2*_ga*MTIxNjcwMzI1OS4xNzA4NTQ4NDc0*_ga_2TJV0B8LD3*MTcxMjAzNDA0Ny4xLjEuMTcxMjAzNDc5MS4wLjAuMA. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.Acesso em: 26 mar. 2024.

CAMPOS, Elisa. *Stephen Hawking*: a inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa que já aconteceu à humanidade. Época Negócios, 7 nov. 2017. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/11/stephen-hawking-inteligencia-artificial-pode-ser-melhor-ou-pior-coisa-que-aconteceu-humanidade.html. Acesso em: 5 abr. 2024.

DONEDA, Danilo. *Frases de Danilo Doneda*. Disponível em: https://doneda.net/frases-de-danilo-doneda/. Acesso em: 5 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Procurador geral (2009-2015: Eric Holder). *Discurso para "The National Association of Criminal Defense Lawyers 57th Annual Meeting and 13th State Criminal Justice Network Conference".* Filadélfia, 1 ago. 2014. Disponível em: https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-national-association-criminal-defense-lawyers-57th. Acesso em: 10 mar. 2024.

NIDERÖST, Bárbara Perner. *Viés humano, algoritmos e inteligência artificial*. 2023. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2023. Disponível em: https://www.iscte-iul.pt/tese/13188. Acesso em: 14 mar. 2024.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421 - 447, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Unicef, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 26 mar. 2024.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da Inteligência Artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 238-254. dez. 2017. p. 242. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951. Acesso em: 15 abr. 2024.

PODER360. Barroso defende regulamentação da IA baseada em "princípios gerais". 29 jan. 2024. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/barroso-defende-regulamentacao-da-ia-baseada-em-principios-gerais/ Acesso em: 1 abr. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 670.422*. 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/. Acesso em: 26 mar. 2024.

RIVELLI, Fabio. *Inteligência Artificial cria diferentes caminhos na Justiça*. Migalhas, 20 dez. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/ia-em-movimento/378892/inteligencia-artificial-cria-diferentes-caminhos-na-justica. Acesso em 30.mar.2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *TJSP amplia uso de robôs na 2ª Instância*. Notícias, 9 fev. 2024. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=97260. Acesso em: 5 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral.* Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1. Acesso em: 5 abr. 2024.

TOTVS. *O que são algoritmos?* Veja como funcionam e seus impactos. Disponível em: https://www.totvs.com/blog/inovacoes/o-que-sao-algoritmos/. Acesso em: 16 abr. 2024.

UNESCO. *Recomendação sobre a ética da inteligência artificial.* Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_por. Acesso em: 4 abr. 2024.

Obras consultadas

ALENCAR, Felipe. *O que é a Lei de Moore?* Entenda a teoria que 'prevê' futuro da Informática. TechTudo, 2015. Disponível em: https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/06/o-que-e-lei-de-moore entendateoria-que-preve-futuro-da-informatica.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BOTELHO, José Franciso. Prometeu, o Inventor da Humanidade. *Superinteressante*, 2019. Disponível em: https://super.abril.com.br/historia/prometeuo-inventor-da-humanidade/. Acesso em: 18.mar.2024.

JUSTIÇA DIGITAL. *6 exemplos de uso da Inteligência Artificial na Justiça*. 7 dez. 2018. Disponível em: https://justicadigital.com/blog/exemplos-inteligencia-artificial/.

ROQUE, Nathaly Campitelli; DEL BEL, Iane Naia de Oliveira Ruggiero. O juiz e a emoção na era da inteligência artificial. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 379–406, 2019.

SARAIVA EDUCAÇÃO. *Inteligência Artificial no direito*: desafios e possibilidades. 26 set. 2023. Disponível em: https://conteudo.saraivaeducacao.com.br/juridico/inteligencia-artificial-no-direito/#:~:text=A%20IA%20pode%20agilizar%20procedimentos. Acesso em: 4 abr. 2024.

SEDINI, Sandra. *Inteligência artificial e seu uso pela justiça: vantagens, riscos e desafios*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 21 dez. 2023. Disponível em: http://www.iea.usp.br/eventos/ia-uso-justica. Acesso em: 22.mar.2024.

TELES, Nayra; CAPOZZI, Bruno. *Como a IA é usada pela Justiça brasileira?* Olhar Digital, 9 nov. 2023. Disponível em: https://olhardigital.com.br/2023/11/09/pro/como-a-ia-e-usada-pela-justica-brasileira/. Acesso em: 30 mar. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004.

O tratamento adequado de dados pessoais e a pesquisa na universidade: como interpretar a LGPD para compatibilizá-los?[1]

MILENA MÁRCIA DE ALMEIDA ALVES

Advogada e pesquisadora. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Graduada em LGPD pela FALEG-SP. Integrante do MIMA (Movimento de Integração de Mulheres e Aprendizagem), do Grupo Tech Law (USP) e membro da comissão organizadora do evento Mulheres da Ciência (UFPE) desde 2021. Ex-Jovem mobilizadora do Programa Cidadão Digital, organizado pela ONG SaferNet Brasil em parceria com a Meta. Ex-integrante do Projeto de Extensão DDIT (Discutindo Direito, Internet e Tecnologia) - UFPE. Foi membro da Comissão de Direito e da Tecnologia da Informação da OAB/PE e do Núcleo de Estudos em Direito Público da OAB/Olinda até a sua dissolução.

Resumo: Este artigo investiga como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD ou Lei 13.709/18) pode ser aplicada ao contexto acadêmico, caracterizado antagonicamente pelo tratamento massivo de dados pessoais - o que, em tese, demandaria maior rigor protetivo - e pela intenção e necessidade de controlada interferência externa. Analisa-se a aparente incompatibilidade entre as exigências de proteção de dados pessoais e as necessidades sobretudo da pesquisa acadêmica, essencial para o desenvolvimento do saber. O objetivo é responder à seguinte pergunta: como interpretar o art. 4º, II, b) da LGPD para compatibilizar a proteção de dados pessoais com a liberdade acadêmica? Através de pesquisa qualitativa com foco em uma abordagem dogmática e histórica, fundamentada no raciocínio hipotético-dedutivo, o estudo examina três hipóteses interpretativas para a questão. Chega-se à consideração de que nem todos os dados pessoais tratados nas universidades se enquadram nos fins exclusivamente acadêmicos, mas, quando o fazem, a aplicação da LGPD deve ser flexibilizada. Por fim, propõem-se fundamentos e orientações para auxiliar as instituições de ensino superior na conformidade com a LGPD.

Palavras-chaves: LGPD e pesquisa universitária. LGPD e universidade. Tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos. LGPD e órgãos de pesquisa.

Abstract: This article investigates how the General Personal Data Protection Act (LGPD or Law 13.709/18) can be applied to the academic context, which is antagonistically characterized by the massive processing of personal data - which, in theory, demands stricter protective measures - and the inherent intention and necessity of controlled external interference. It analyzes the apparent incompatibility between the requirements of personal data protection and the needs, especially of academic research, which is essential for the advancement of knowledge. The objective is to answer the following question: how should Article 4, II, b) of the LGPD be interpreted to reconcile personal data protection with academic freedom? Through qualitative research focusing on a dogmatic and historical approach, grounded in hypothetical-deductive reasoning, the study examines three interpretative hypotheses on this issue. The study concludes that not all personal data processed in universities fall under exclusively academic purposes, but when they do, the application of the LGPD should be made more flexible. Finally, it proposes foundations and guidelines to assist higher education institutions in complying with the LGPD.

Keywords: LGPD and university research. LGPD and university. Processing of personal data for exclusively academic purposes. LGPD and research institutions.

Introdução

Compondo uma série de diplomas legais que eclodiram mundialmente sobre a temática, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18 ou LGPD) coroa uma mudança de paradigma de extrema relevância, na medida em que repactua o compromisso das instituições com os cidadãos da atual sociedade digital, visando à proteção e à garantia de direitos fundamentais - como a privacidade[2]. Ocorre que, se existe algo sobre a LGPD que hoje pode ser afirmado com algum consenso, há de ser que a lei também almejou viabilizar situações em que os dados pessoais sejam tratados e utilizados de forma lícita e legítima, uma vez que a regulamentação não pode ferir de morte atividades como a econômica e a acadêmica.

Nesse contexto, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) suscita questões complexas no âmbito acadêmico, dada a coexistência entre a necessidade de proteger dados pessoais e a relevância da liberdade acadêmica para o progresso científico e a inovação. As universidades, por tratarem uma quantidade expressiva de dados pessoais, enfrentam o desafio de harmonizar as exigências protetivas da LGPD com a autonomia essencial à pesquisa acadêmica.

---

[1]Este artigo resulta do Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-Graduação em Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) apresentado à FALEG-SP e realizado sob a orientação do Professor Doutor Maurício Antonio Tamer, a quem são direcionados sinceros agradecimentos.

[2]PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.10.

A importância do tema é evidenciada pelo impacto direto da LGPD na realização de atividades acadêmicas que, além de promoverem o desenvolvimento do saber, contribuem significativamente para a sociedade em geral. A lei não deve ser vista como um obstáculo, mas como um instrumento para garantir que as práticas sejam conduzidas de maneira ética e em conformidade com os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o presente trabalho foca no tratamento de dados pessoais "para fins exclusivamente acadêmicos" objetivando contribuir com o debate acerca da interpretação do art. 4º, II, b) da LGPD[3], cuja redação permite múltiplas interpretações.

Por meio de pesquisa qualitativa apoiada na bibliografia e na legislação acerca do tema, incluindo Nota Técnica e Guia Orientativo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), buscou-se analisar, com foco em uma abordagem dogmática e histórica, a partir do teste de três hipóteses interpretativas oriundas do art. 4º, II, b) da LGPD, quais os fundamentos e as orientações para o tratamento de dados pessoais as instituições de ensino superior do Brasil devem tomar para que a pesquisa acadêmica - atividade de tamanha importância para o seu próprio desenvolvimento - tenha compatibilidade com a LGPD; ou, ainda: com a completa mudança de paradigma trazida pela referida lei.

O estudo é dividido em cinco seções. Na primeira, pontuam-se os dispositivos da LGPD que estão diretamente relacionados ao tratamento de dados pessoais para fins de estudos e pesquisas, compondo verdadeiro regime jurídico especial. Na segunda seção, são destrinchadas as três hipóteses interpretativas para o texto legal, o qual versa sobre uma suposta inaplicabilidade da LGPD "para fins exclusivamente acadêmicos"; explica-se, também, a importância de realizar uma abordagem dogmática sobre o tema.

A terceira seção destina-se a testar a primeira hipótese interpretativa, explicando se faz sentido afastar completamente a LGPD das situações de pesquisa, seja pelo contexto de criação da lei ou pelos riscos dessa possibilidade. A quarta seção coloca em xeque as hipóteses interpretativas de incidência parcial (segunda e terceira hipóteses), abordando dois cenários presentes nas instituições de ensino superior: o tratamento de dados pessoais estritamente ligado à liberdade acadêmica e aquele externo a ela (de cunho administrativo), apontando-se as "pontas abertas" que carregam em si, embora a divisão seja importante para ponderar uma eventual responsabilização da entidade responsável pela pesquisa.

Na última seção, analisa-se o que levou o legislador a permitir que o texto da lei sob discussão pendesse para múltiplas interpretações, findando-se os apontamentos deste estudo com o caminho que se entende mais adequado às instituições de ensino superior, de acordo com os ditames e o paradigma inaugurados pela LGPD.

O "regime jurídico especial" do tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e de realização de estudos e pesquisas

Considerando que o dado pessoal, de acordo com a LGPD[4], é definido como qualquer informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável, é possível imaginar a grande quantidade de informações que compõem a "vida escolar e acadêmica" de um indivíduo. Elas incluem registros de notas, frequências, observações comportamentais - como advertências e elogios -, ocorrências médicas e psicológicas, aptidões físicas, escolhas de disciplinas optativas e até mesmo dados financeiros da família, como

[3]Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] II - realizado para fins exclusivamente: [...] b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

[4]BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.709-de-14-de-agosto-de-2018-151410883. Acesso em: 23 dez. 2024.

inadimplementos (no setor privado) ou dados socioeconômicos dos beneficiários de auxílios financeiros, especialmente em instituições públicas[5].

Esse volume de informações é ampliado pelas novas tecnologias da informação aplicadas às salas de aula, que permitem registrar, por exemplo, o tempo que um estudante levou para resolver determinada questão ou o lapso temporal assistindo a uma videoaula[6]. Diante desse contexto, a LGPD estabelece um "regime jurídico especial" para o tratamento de dados pessoais com finalidades acadêmicas e de pesquisa. Esse regime é sustentado por cinco dispositivos da lei que serão analisados a seguir[7]:

Tema	Dispositivo legal	Texto
1) Fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais	Art. 2º, III e V	Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...] III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; [...] V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
2) Casos em que a lei não se aplica	Art. 4º, II, b)	Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] II - realizado para fins exclusivamente: [...] b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;
3) Base legal que autoriza a utilização de dados pessoais, inclusive os de natureza sensível, para a realização de estudos por órgãos de pesquisa, garantida a sua anonimização sempre que possível	Arts. 7º, IV e 11, II, c)	Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: [...] II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: [...] c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
4) Autoriza a conservação de dados pessoais para fins de pesquisa e estudo	Art. 16, II	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: [...] II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
5) Ratifica a autorização para disponibilização de acesso a dados pessoais para fins de realização de estudos e pesquisas, estipulando, em acréscimo, medidas específicas de prevenção e segurança a serem observadas no campo dos estudos de saúde pública	Art. 13	Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

Elaboração própria (com informações de: ANPD. *Texto para discussão Nº 1/2022 - Estudo Técnico:* a LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa. Abr. 2022, p.7-9. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sei_00261-000810_2022_17.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023).

Percebe-se do quadro acima que, como regra - ao menos no que diz respeito à realização de estudos e pesquisas -, a lei harmoniza com o paradigma que ela mesma estabeleceu, o qual exige explicitude e clareza nas

[5]BACHUR, João Paulo. Proteção de dados pessoais na educação. *In*: BIONI, Bruno *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1-743. (e-book). p. 717.
[6]BACHUR, loc. cit.
[7]ANPD. *Texto para discussão Nº 1/2022 - Estudo Técnico*: a LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa. Abr. 2022, p.7. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sei_00261-000810_2022_17.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

exceções. Para ilustrar, observe-se (na terceira situação do quadro) que o tratamento dos dados pessoais sensíveis exige o consentimento do titular, o que não se verifica nos casos em que ele é indispensável para realização de estudos por órgão de pesquisa - garantida, sempre que possível, a anonimização de tais dados. Acertadamente, a exceção está explícita na lei.

Semelhante lógica deveria ser seguida pelas exceções à própria aplicação da lei (isto é, os casos em que ela não se aplica), dispostas no artigo 4º, que devem ser postas de forma "clara" e "explícita" à sociedade. No entanto, talvez de forma intencional (o que será adiante discutido), o padrão não foi estritamente observado no momento de abordar o tratamento de dados pessoais para fins "exclusivamente acadêmicos".

As hipóteses interpretativas para o art. 4º, II, b) - fins "exclusivamente acadêmicos"

Como visto na quadro da seção acima (linha 3), a alínea que exclui a aplicação ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos faz a seguinte ressalva: "aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei".

Dessa forma, surge a pergunta central da pesquisa: como interpretar o art. 4º, II, b) da LGPD de forma a compatibilizar a proteção de dados pessoais com a liberdade acadêmica? Essa questão guia a análise das diferentes possibilidades de aplicação da LGPD ao contexto acadêmico.

Não fica evidente, a partir da leitura do texto legal, se a ideia é dispensar as bases legais constantes nos citados artigos 7º e 11; afirmar que, ao tratamento de dados pessoais, em tais casos, basta a observância de alguma das bases legais ou afirmar que a LGPD, como um todo, de fato não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos, aplicando-se tão somente os artigos 7º e 11.

À primeira vista, as hipóteses interpretativas são três: (1) o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos está fora do âmbito de aplicação da LGPD; (2) o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos é, de maneira implícita, uma das bases legais dos artigos 7º e 11 da LGPD; (3) ao tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos são aplicáveis somente os artigos 7º e 11 da LGPD.

Abordagem dogmática

A pesquisa jurídica tem como uma de suas possibilidades a tentativa de responder normativamente a uma pergunta de caráter dogmático, que é aquela formulada por quem quer saber como deve agir, à luz dos dogmas do direito[8] - o que não dispensa a visão crítica inerente à pesquisa científica.

Embora as técnicas empregadas nas abordagens dogmáticas sejam alvo de críticas, pela suposta carência de inovação[9], uma vez que o referencial é interno ao direito, a opção por analisar também dogmaticamente uma situação, neste artigo, tem a ver com o grande impacto que o advento da Lei Geral de Proteção de Dados tem causado nas relações juridicamente relevantes, com intensos debates e diversas possibilidades de aplicação prática, que não utilizarão senão conceitos do próprio direito para encontrar possíveis respostas.

[8]QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Como encontrar um tema dentro de minha área de interesse? *In:* FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). *Metodologia de pesquisa em direito*: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-book). p. 78-79.

[9]KARAM, Andréa Maria Sobreira *et al*. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v.88, n.1, p.39-57, jan./jul. 2016. https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/702/showToc. Acesso em: 5 jun. 2017.

Aqui, trabalharemos com as três hipóteses interpretativas acima pontuadas, isto é, com três possibilidades de respostas à pergunta central formulada: como interpretar o art. 4º, II, b) da LGPD de forma a compatibilizar a proteção de dados pessoais com a liberdade acadêmica? Ao mesmo tempo, com respostas não só fundamentadas em conceitos internos ao direito.

Fora da incidência normativa - a primeira hipótese interpretativa

A Lei Geral de Proteção de Dados deve ser aplicada às pesquisas acadêmicas? O contexto de criação da lei

O ponto a ser preliminarmente discutido é a pertinência de a pesquisa acadêmica estar inserida no âmbito de regulação da lei - ou se, de outro modo, tal inserção corresponderia a uma espécie de "excesso regulatório"?

A resposta à questão passa por entender a raiz dessa - relativamente nova - necessidade de proteção jurídica do cidadão no que diz respeito aos seus dados pessoais.

Comumente, o fenômeno é relacionado com a impressão de um novo significado ao direito à intimidade[10], por estarmos imersos em um contexto de acentuado uso das tecnologias, com massivo tráfego de dados pessoais, em que se faz necessário que o titular seja parte do processamento de seus próprios dados[11], estando a par de toda a situação - prerrogativa dos cidadãos a que se deu o nome de "autodeterminação informativa".

Interessante notar que o arcabouço jurídico de regulação da proteção de dados pessoais foi calcado no pressuposto de que tais dados possuem um conteúdo econômico, sendo passíveis de comercialização[12].

Sendo assim, uma vez que os dados que circulam em pesquisas acadêmicas não sejam tratados corretamente, serão passíveis de comercialização como quaisquer outros. O problema não estaria na pesquisa em si - que, para fins acadêmicos, presume-se de grande importância para a sociedade como um todo - mas na possibilidade de a privacidade do participante ser violada e utilizada para finalidades econômicas sem que ele tenha conhecimento, o que iria de encontro à ideia da autodeterminação informativa.

Nesse sentido, a proteção dos dados pessoais foi formalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional 115/2022, como um direito fundamental, tendo sido acrescida ao rol do artigo 5º da Constituição da República da seguinte forma: "LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais"[13].

É interessante perceber que a justificação inicial expressa pelos autores da Proposta de Emenda Constitucional 115/2022 caminhou na mesma direção do paradigma central da regulação de dados pessoais que aqui abordamos:

> [...] A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional: diversos são os Países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão. O avanço da tecnologia, por um lado, oportuniza racionalização de negócios e da própria atividade econômica: pode gerar empregabilidade, prosperidade e maior qualidade de vida. Por outro lado, se mal utilizada ou se utilizada sem um filtro prévio moral e ético, pode causar prejuízos

[10]RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A proteção de dados pessoais na internet no Brasil: análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v.11, n. 2, p. 89-119, 2016. p.95. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/61960. Acesso em: 12 jul. 2023.

[11]LUGATI, Lys Nunes; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Da evolução das legislações sobre proteção de dados: a necessidade de reavaliação do papel do consentimento como garantidor da autodeterminação informativa. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-33, 2020. p. 2. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10597. Acesso em: 12 jul. 2023.

[12]RAMINELLI; RODEGHERI, op. cit., p.95.

[13]BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fev. 2022.* Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

> incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados. Por isso, países de todo o planeta já visualizaram a importância e imprescindibilidade de se regular juridicamente o tratamento de dados dos cidadãos.[14]

Vê-se que o posicionamento dos parlamentares brasileiros (precisamente, dos que assinaram a Proposta) indicou a importância da regulação jurídica do tratamento de dados dos cidadãos na medida em que fundamentou que ela faz parte da evolução histórica da sociedade internacional, a qual alcançou a "Era informacional", trazendo a reboque a necessidade de impor um "filtro" ao avanço tecnológico.

Nesse sentido, é possível defender que a proteção de dados pessoais é inerente ao tempo, tendo alcançado todos os aspectos da sociedade, o que constitui motivo para a pesquisa acadêmica não ficar de fora. Além disso, lembra-se que a LGPD já surgiu no ordenamento jurídico brasileiro carregando consigo a noção de que proteger dados pessoais no setor público (especificamente) representaria um grande desafio[15], preocupação que certamente contempla a pesquisa realizada em instituições públicas de ensino superior.

A inserção da pesquisa como pilar da educação superior (e seus riscos)

Tendo em conta que a LGPD não é um diploma que pretende obstar completamente atividades de grande importância para a sociedade, como pontuado, faz sentido traçar algumas ponderações sobre a real importância da pesquisa na educação superior.

Assim, considera-se que o desenvolvimento de um Sistema Nacional de Pós-graduação em sentido estrito, que atualmente cobre todas as áreas do conhecimento, operou uma verdadeira revolução no ensino superior, por meio da Reforma Universitária de 1968, justamente porque permitiu a institucionalização da atividade de pesquisa nas universidades brasileiras, tendo em conta que, anteriormente a meados da década de 1960, raras eram as instituições universitárias que realizavam ao mesmo tempo o ensino e a pesquisa, embora isso já fosse reivindicado pela comunidade científica do país desde a década de 1920[16].

Quando se fala em recursos humanos e, especialmente, em um bom quadro de docentes universitários, a existência do incentivo à pesquisa ganha especial relevo, juntamente com critérios como titulação adequada e incentivo à realização de atividades de extensão[17]. De fato, a pesquisa é uma das grandes contribuições docentes para a instituição de ensino, uma vez que, por meio do compartilhamento com a comunidade acadêmica e com a sociedade daquilo que é produzido na instituição, acaba sendo ampliada a sua própria noção de relevância.

A pesquisa é, portanto, de suma importância para a academia, e, na mesma proporção, os dados lhe são importantes. Basta lembrar que a estratégia, ao mesmo tempo, mais frequentemente utilizada pelos pesquisadores e mais validada pelas agências de fomento à pesquisa - ao menos, desde meados do século XX - é aquela baseada no acesso do cientista a um conjunto de dados (ou na coleta inédita deles) que o permitem testar suas hipóteses prévias[18].

---

[14]CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Parecer acerca da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*. 2019, p.1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01vqwnuiffbkdp1v8m3yk5aotpe37875732.node0?codteor=1791032&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 13 jul. 2023.

[15]DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data protection in Brazil: new developments and current challenges. *In:* GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (ed.). *Reloading data protection*: multidisciplinary insights and contemporary challenges. Dordrecht: Springer, 2013, p.3-20.

[16]NEVES, Clarissa Eckert Baeta; MARTINS, Carlos Benedito. Ensino Superior no Brasil: uma visão abrangente. *Repositório do conhecimento do IPEA* (Educação: Capítulos de Livros), Brasília, p. 113. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9061. Acesso em: 14 jul. 2023.

[17]LAVOR, João Ferreira de; ANDRIOLA, Wagner Bandeira; LIMA, Alberto Sampaio. Avaliando o impacto da qualidade da gestão acadêmica no desempenho dos cursos de graduação. Um estudo em universidade pública brasileira. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, v. 8, n. 2, p. 233-254, 2016. p. 240. Disponível em: https://revistas.uam.es/riee/article/view/2887. Acesso em: 12 jul. 2023.

[18]BARRETO, Maurício L.; ALMEIDA, Bethânia; DONEDA, Danilo. Uso e proteção de dados pessoais na pesquisa científica. *In*: BIONI, Bruno *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 788-805, 2021. (e-book). p. 794.

Esse modelo acabou por se beneficiar da massificada disponibilidade de dados que atualmente se verifica, uma vez que o espaço amostral tornou-se simplesmente ilimitado, restando ampliada a possibilidade de generalização dos resultados[19]. Em verdade, tal crescente disponibilidade não só beneficiou o modelo de pesquisa orientado por hipóteses, como também fez emergir um novo modelo, que privilegia o desenvolvimento e a sofisticação de algoritmos preditivos, em detrimento da anterior testagem de hipóteses para explicação dos fenômenos[20].

Aí está um ponto bastante importante e que, de certa forma, confirma a importância das discussões do presente artigo: a eficiência em capacidade preditiva conquistada pelos algoritmos amplia a capacidade de prever não mais somente comportamentos genéricos de grupos, mas comportamentos de indivíduos específicos, com todos os seus riscos e dilemas, o que torna um eventual vazamento (ou desvio de finalidade) algo ainda mais preocupante[21].

Incidência parcial da Lei Geral de Proteção de Dados - a segunda e a terceira hipóteses interpretativas

As hipóteses 2 e 3 possuem em comum a tentativa de afastar uma parte da LGPD da aplicação ao tratamento de dados pessoais "para fins exclusivamente acadêmicos". No caso da segunda hipótese, o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos é uma das bases legais, o que significaria que todas as outras não precisariam incidir no caso concreto. A terceira hipótese, por sua vez, aponta que basta que o tratamento se apoie em uma das bases legais, afastando a incidência de todos os demais dispositivos da LGPD.

Compreendem-se como inválidas, no entanto, ambas as hipóteses, por meio da propositura de dois cenários, que serão discutidos abaixo: o Ensino Superior para além da livre expressão acadêmica - oportunidade em que também são explorados alguns pontos das duas bases legais mais aplicáveis ao caso (o "consentimento" e o "tratamento de dados pessoais para a realização de estudos por órgão de pesquisa") - e aquele diretamente ligado à livre expressão acadêmica.

O Ensino Superior para além da livre expressão acadêmica

Embora a proteção à liberdade acadêmica, constitucionalmente prevista, seja de grande relevância, nem tudo o que ocorre nas instituições de ensino superior tem relação direta com ela. Basta lembrar todas as questões administrativas envolvidas nas matrículas e nos processos seletivos internos, por exemplo.

Defende-se que a LGPD impacta a educação de maneira diferente a depender do nível de ensino e se a instituição faz parte do setor público ou do setor privado. No caso da educação básica, no setor público, existe uma preocupação expressiva acerca do censo, que é o grande pilar da maioria das políticas educacionais conduzidas nacionalmente, fazendo-o merecer discussões sobre se o tratamento de dados pessoais realizado em seu âmbito conflita com a nova sistemática estabelecida pela LGPD. Já na seara privada, chama a atenção o cruzamento de dados pessoais contidos nos "diários de classe" com outros coletados ao longo da vida, para, por exemplo, informar entrevistas de emprego a partir de perfis escolares - hipóteses em que o risco de discriminação parece intrínseco[22].

[19]BARRETO; ALMEIDA; DONEDA, loc. cit.
[20]BARRETO; ALMEIDA; DONEDA, loc. cit.
[21]Ibid., p. 795.
[22]BACHUR, op. cit., p. 722-723.

A educação superior soma tais preocupações às suas próprias. Especialmente, conta com históricos (acadêmicos e funcionais), perfis socioeconômicos, registros de incidentes (casos de assédio, procedimentos administrativos e disciplinares, ocorrências médicas, faltas etc.) e, ainda, registros de participação em greves e associações sindicais. No setor privado, a atenção redobrada volta-se para as listas informais de estudantes inadimplentes, cuja existência justifica-se pela necessidade de frear os pedidos de transferência dessa parte do alunado; por outro lado, o advento da LGPD trouxe a tais listas, naturalmente, alguns entraves e chamados de cautela[23].

No fundo, o que está fora da livre expressão acadêmica pura e simples é o desafio de lidar com uma considerável quantidade de dados pessoais estruturados (aqueles que já se encontram sistematizados, com tratamento e estão disponíveis para acesso), estruturáveis (produzidos, porém sem tratamento) e não estruturados (produzidos fora da Instituição de Ensino Superior, sem identificação e nenhum tratamento) que aumenta a cada ano acadêmico, com a chegada de novos alunos, abarcando inclusive os dados pessoais sensíveis[24].

Ciente dessa situação, o Estudo Técnico nº 1/2022 ("A LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa"), da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) explicitou como um dos comandos: deve ser observado o disposto nos artigos 7º e 11 da LGPD. Ou seja, em tais casos, o tratamento deve ser sempre compatível com o ordenamento jurídico e amparado em uma das bases legais previstas na LGPD, sendo as que possuem a maior capacidade de aplicação a esse contexto: o consentimento do titular, a realização de estudos por órgãos de pesquisa e o atendimento a interesse legítimo[25].

Chama a atenção que, após as pontuações, o Estudo afirma o seguinte:

> Por fim, não obstante o art. 4º, II, b, se referir apenas aos artigos que tratam das bases legais, outros dispositivos da LGPD também podem ser aplicáveis ao tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos. É o caso do art. 13, que dispõe sobre os estudos em saúde pública e estabelece parâmetros que podem ser aproveitados em outros contextos de tratamento de dados para fins acadêmicos. Da mesma forma, os princípios (art. 6º) e outras determinações que explicitam conceitos ou auxiliam a compreensão e a aplicação das disposições relativas às bases legais também devem ser observados. A esse respeito, podem ser mencionados, entre outros, os arts. 8º, 10 e 12, que estabelecem, respectivamente, normas relevantes sobre a obtenção do consentimento do titular, o interesse legítimo do controlador e a anonimização de dados pessoais.[26]

Assim, é nítida a importância de considerar todos os dispositivos legais da LGPD independentemente de a própria lei apontar que somente alguns deles devam ser considerados em uma determinada situação. De toda forma, das bases legais que possuem maior capacidade de aplicação no contexto do Ensino Superior para além da livre expressão acadêmica, duas merecem maior discussão: a realização de estudos por órgãos de pesquisa e o consentimento do titular.

Tratamento de dados pessoais para a realização de estudos por órgão de pesquisa (art. 7º, IV e art. 11, II, c).

O foco do presente artigo é tratar de uma das supostas hipóteses de inaplicabilidade da LGPD: o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos. Assim, parece não fazer sentido uma subseção para discutir o tratamento de dados pessoais para estudos por órgãos de pesquisa - que é uma base legal, como visto, e não uma suposta hipótese de inaplicabilidade.

[23]BACHUR, op. cit., p. 725-726.
[24]STELZER, Joana *et al.* A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os desafios das instituições de ensino superior para a adequação. *In:* COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA, 19., 2019, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: UFSC, 2019. p. 7-9. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/200759/recent-submissions. Acesso em: 12 jul. 2023.
[25]ANPD, 2022, op. cit.
[26]Ibid., p.14.

No entanto, ao apresentar Estudo Técnico sobre o tema, a própria ANPD aproximou os dois assuntos, na medida em que o intitulou "A LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa"[27], título este que foi praticamente repetido no Guia Orientativo posteriormente publicado ("Tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos e pesquisas")[28].

Para além disso, a lei estabeleceu requisitos a serem preenchidos pelos agentes de tratamento a fim de que fossem autorizados a adotar a referida base legal, sendo o primeiro deles justamente a natureza do agente.

Para ser considerado "órgão de pesquisa", é necessário que o agente de tratamento seja órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou, ainda, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País. Ainda, o agente deve possuir entre suas missões institucionais ou em seu objeto social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada, para fins históricos, científicos, tecnológicos ou estatísticos. E é justamente de acordo com tal definição que o Relatório apresenta como exemplo as "instituições de ensino superior públicas ou privadas sem fins lucrativos"[29].

Nesse sentido, basta perceber que várias das universidades brasileiras são passíveis de serem enquadradas como "órgãos de pesquisa". Apenas para lançar uma luz sobre a ideia, observam-se, no Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior do Ministério da Educação, mais de 970 registros somente na categoria administrativa "privada sem fins lucrativos", contanto com faculdades, universidades, centros universitários e escolas de governo - em conta, inclusive, algumas instituições em processo de descredenciamento[30].

Vale recordar que a Comissão Mista do Congresso Nacional repeliu expressamente a inclusão de pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos no conceito de órgão de pesquisa, o que ocorreu no curso do processo de deliberação sobre a Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, a qual alterou a LGPD para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Naquele momento, entendeu-se que a exceção à obtenção do consentimento teria justificativa na consecução das políticas públicas e na facilitação de pesquisas, a exemplo das realizadas pelo IBGE, lógica diferente das entidades de pesquisa privadas, que objetivam o lucro e não exercem "mandatos legais"[31].

Nessa linha, também é importante pontuar que, no conceito de "órgãos de pesquisa", não são englobadas as pessoas físicas, o que se depreende do Guia formulado pela ANPD relativo aos agentes de tratamento. Tal documento deixa claro que os empregados, servidores públicos ou equipes de trabalho não são considerados agentes de tratamento, mas sim a própria organização, de modo que só ela é legitimada para a utilização da base legal em estudo, o que exclui a aplicação a pessoas naturais que atuem em nome próprio ou sem qualquer vínculo com órgão de pesquisa - valendo ressalvar o acesso individual a dados pessoais em políticas de transparência ativa ou passiva com amparo na Lei de Acesso à Informação[32].

Nesse sentido é que existe a orientação para que, em momento anterior à realização de uma operação de tratamento, como no caso de compartilhamento de dados pessoais para fins de pesquisa, deve ser confirmada,

[27]ANPD, 2022, op. cit.
[28]ANPD. *Guia orientativo:* tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos e pesquisas. Brasília, jun. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes. Acesso em: 14 jul. 2023.
[29]ANPD, op. cit, 2022, p.15.
[30]Consulta realizada no Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC. Disponível em: https://emec.mec.gov.br/. Acesso em: 15 jul. 2023.
[31]ANPD, op. cit, 2022, p. 16.
[32]ANPD. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado.* Brasília, maio 2021. p. 5-6. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

pelos meios legítimos, a ciência do órgão de pesquisa quanto à realização do estudo e o seu compromisso de cumprir as disposições pertinentes da LGPD[33].

Como último ponto, recorda-se que o paradigma de proteção adotado pelo Brasil com a LGPD, advindo da matriz do regulamento europeu, traz a noção de que o tratamento de dados pessoais deve ser realizado para uma finalidade, assim considerado um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular, enraizado em uma das dez bases legais autorizadoras do tratamento (artigo 7° da LGPD)[34].

Logo, em tese, bastaria que a instituição de ensino (e não a pessoa física) pudesse ser enquadrada como órgão de pesquisa - por sua natureza e finalidade - e que justificasse o tratamento de dados pessoais em um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular.

O consentimento é o "salva tudo"? As insuficiências de tal base legal para o caso das pesquisas acadêmicas

Imagine-se que a instituição de ensino possa ser enquadrada como órgão de pesquisa e que justifique o tratamento de dados pessoais em propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular. Possivelmente, persistiria a noção de que o titular dos dados pessoais apenas teria sido informado do tratamento, sem qualquer ingerência sobre o assunto, o que poderia ser resolvido, no plano abstrato, pela base legal do consentimento.

De fato, a obtenção do consentimento do titular dos dados a serem tratados representa base legal de ressaltada importância. Principalmente por sua localização no debate acerca da proteção de dados pessoais. A "virada" ocorrida na jurisprudência alemã, observada no momento em que o direito da personalidade ultrapassou o ordenamento jurídico-civil e ancorou no Direito Constitucional, passando a dizer respeito ao modo como a pessoa deseja apresentar-se em público. Garantir esse "direito geral de personalidade" (conceito mais abrangente que o anterior, o qual somente se referia à esfera privada) representou uma tentativa de conferir ao indivíduo, na sociedade moderna, proteção ampliada[35].

Dessa forma, estaria respeitada a autodeterminação informativa - e, portanto, esse espectro da personalidade - quando o próprio indivíduo pudesse decidir como se daria sua apresentação em público. Sabendo quais dos seus dados estariam sendo tratados por outras pessoas e para qual exata finalidade, ele seria capaz de exercer o controle sobre tal apresentação - restringindo-a, inclusive, acaso fosse de sua vontade. Visto por outro prisma, só poderiam tratar os dados pessoais do indivíduo aqueles a quem ele houvesse consentido essa possibilidade, inclusive ciente do escopo do tratamento.

No caso das atividades de pesquisa, permanece a notável importância do consentimento, inclusive porque, ainda que ele seja dispensado pela lei, considera-se que pode permanecer necessário do ponto de vista ético, em razão da relação complementar existente entre o que é legal e o que é ético quando o assunto é regulação das atividades de pesquisa[36].

Apesar de sua centralidade no debate da proteção de dados, pelo que foi apontado acima, não se pode desconsiderar que a base legal do consentimento tem sofrido críticas em razão de, na prática, não ser capaz de garantir que o titular de fato controla o fluxo de seus dados pessoais.

[33]ANPD, op. cit., 2022, p. 21.
[34]BORELLI, Alessandra; LÓPEZ, Nuria. Capítulo X: Disposições Finais e Transitórias. *In*: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *LGPD*: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 10. (e-book). p. 465.
[35]MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez.2020. p. 9. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10828. Acesso em: 15 jul. 2023.
[36]ANPD, op. cit., 2022, p.21.

Mendes e Fonseca[37] traçam pertinentes críticas aos pressupostos que delineiam o paradigma do consentimento, demonstrando que, como foco regulatório, ele é insuficiente sobretudo por três motivos: pelas limitações cognitivas do titular dos dados pessoais, à vista de vieses e heurísticas; por situações em que ele não possui real liberdade de escolha, em razão da assimetria de poderes existente entre ele e os agentes de tratamento de dados; e pelas modernas técnicas de tratamento e análise de dados a partir de *Big Data*, pois, ainda que se suponha que o titular dos dados pessoais tem real conhecimento de quais deles estão sendo tratados e para qual finalidade, subsiste que são as informações extraídas de tais dados (geradoras de decisões e interpretações), e não eles próprios, que formarão a "representação virtual" do indivíduo na sociedade.

O Ensino Superior estritamente ligado à liberdade acadêmica

De todas as aflições existentes no âmbito das instituições de ensino superior no tocante à LGPD, é possível que a mais sensível seja justamente a liberdade acadêmica, que remonta ao próprio surgimento da universidade.

Nesse sentido, é bem verdade que a concepção considerada na Idade Média, quando surgiu a universidade, difere do sentido moderno de liberdade. No entanto, tenha a tal "liberdade acadêmica" sido um objetivo rigorosamente perseguido ou não, uma das justificativas da criação da universidade foi o desejo de propor um ambiente livre de interferências externas em que professores e alunos pudessem se dedicar exclusivamente à "busca do saber"[38].

A Constituição brasileira mostra sua aderência a esse valor na medida em que esboça como princípios "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber", bem como "o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas" (art. 206, II e III, Constituição Federal). Ainda, frisa que a educação "[...] será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade" (artigo 205 da Constituição).

Ciente da importância de preservar esse espaço de livre circulação e produção do saber - mesmo porque a legislação de proteção de dados não pode ser interpretada ou aplicada de modo a impedir ou estabelecer obstáculos indevidos ao exercício da autonomia intelectual e didático-científica de docentes e discentes nos ambientes acadêmicos, sob pena de confrontar com a própria Constituição -, considera-se que a derrogação parcial da LGPD deve ocorrer, mas apenas nas hipóteses em que o tratamento de dados pessoais esteja estritamente vinculado ao exercício da liberdade acadêmica, espécie das liberdades de expressão e manifestação[39].

Como exemplo, cita-se a utilização de determinadas informações pessoais como parte de uma aula, de uma palestra ou de um debate entre docentes e estudantes. Em tais casos, a LGPD estaria parcialmente afastada, tal como interpretou o *European Data Protection Supervisor* (EDPS) acerca do diploma de proteção de dados pessoais europeu[40].

Ressalva-se que não é consenso relacionar a liberdade acadêmica às de expressão e manifestação, porque aquela também é vista como uma prerrogativa dos professores, que são os responsáveis pela "divulgação do saber", enquanto as demais seriam inerentes a qualquer pessoa[41]. De todo modo, entende-se possível conceber

[37]MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i2.521. Acesso em: 15 jul. 2023.
[38]FURTADO, Marcelo Gasque. *Liberdade acadêmica e docência universitária*. 2020. 210 f. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação Formação, Currículo e Práticas Pedagógicas) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 182. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07122020-131853/publico/1631458_MARCELO_GASQUE_FURTADO_rev.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.
[39]ANPD, op. cit., 2022, p.12.
[40]ANPD, loc. cit.
[41]FURTADO, op. cit., p.137.

que debates entre docentes e estudantes configuram proposições dos próprios docentes, de forma que, independentemente de quem traga os dados pessoais à discussão, a situação, em princípio, mantém-se à margem da LGPD.

Construindo um caminho

À primeira vista, a situação parece simples. Nos casos em que o tratamento de dados pessoais no âmbito das instituições de ensino superior envolvesse a discussão de ideias entre docentes e discentes - ocasiões em que a liberdade acadêmica é manifesta -, a LGPD estaria parcialmente afastada. Em todos os demais, deveria ser aplicada.

No entanto, como observado nas seções anteriores, várias discussões estão na zona compreendida entre os dois extremos. No caso dos dados pessoais tratados de forma geral pelas universidades e faculdades, subsistem, no mínimo, dois questionamentos acerca das bases legais, que foram delineados neste artigo: para os fins perseguidos pela LGPD, basta que a instituição de ensino possa ser enquadrada como órgão de pesquisa - por sua natureza e finalidade -, justificando o tratamento de dados pessoais em um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular? De forma adicional ou alternativa a isso, poderia ser colhido o consentimento dos titulares dos dados pessoais tratados. Seria o bastante?

Assim, embora a regulação da pesquisa acadêmica pela LGPD possa parecer fruto de uma técnica legislativa pouco cuidadosa, a fundo, entende-se louvável a opção do legislador por não encerrar, em poucos artigos de uma lei paradigmática, essa discussão de tanta importância.

Ao tratar do que teria motivado o legislador a adotar esse posicionamento flexível aos dois lados (isto é, que, em tese, exclui do âmbito de aplicação da LGPD as pesquisas acadêmicas ao mesmo tempo em que impõe condições para a realização de tais pesquisas), Basan[42] aponta que a lei pretendeu conter a iniciativa privada, que poderia se aproveitar da ampla proteção acadêmica para utilizar os dados pessoais com uma finalidade primordialmente comercial.

No entanto, ele próprio e autores como Vainzof[43] alertam que tão crítico quanto isentar da LGPD o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos - pela insegurança quanto ao tratamento desses insumos - seria obrigar os pesquisadores a cumprir todos os requisitos da lei, o que poderia gerar adicional desestímulo à produção acadêmica.

A ideia do microssistema de pesquisa

Diante das preocupações que foram indicadas, inclusive no início deste artigo, acredita-se que a melhor interpretação a ser feita acerca dos "fins exclusivamente acadêmicos" passa por retornar à ideia da primeira seção deste artigo, que indicou a existência de um tratamento jurídico especial conferido pela LGPD às atividades de pesquisa, o que é demonstrado na lei por meio de cinco dispositivos legais.

O intuito é que as atividades de pesquisa sejam consideradas como um contexto específico que objetiva equilibrar os direitos individuais e a busca pelo interesse público, a partir de técnicas organizacionais suficientes e adequadas para garantir a proteção dos dados. Tudo isso envolvendo o processamento da menor quantidade de

[42]BASAN, Arthur Pinheiro. Artigo 4o. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros (coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 22-35. p. 31.
[43]VAINZOF, Rony, Disposições preliminares. *In*: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *LGPD*: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (e-book). p. 68.

dados pessoais possível, possibilitando o alcance dos objetivos das pesquisas e reduzindo-se os riscos relacionados à sua utilização[44].

A orientação, portanto, passa a ser que o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos seja sempre lícito (compatível com o ordenamento jurídico e regularmente amparado em uma das bases legais da LGPD, sem prejuízo da aplicação dos demais dispositivos cabíveis da lei - a exemplo dos princípios e dos artigos 8, 10 e 12, que expressam conceitos ou ajudam na compreensão e aplicação das disposições relativas às bases legais)[45].

Além disso, é necessário que os dados pessoais utilizados para fins de estudos e pesquisas sejam anonimizados ou pseudonimizados, "sempre que possível", conforme previsto nos arts. 7º, IV, 11, II, c), e nos arts. 13 e 16, II, da LGPD. Daí reconheceu-se que, em alguns casos, a identificação dos titulares pode ser imprescindível para os objetivos da pesquisa[46].

A bem da verdade, com um texto aberto a múltiplas interpretações, a LGPD lançou sobre os agentes de tratamento a responsabilidade de selecionar e encampar as medidas de prevenção e segurança apropriadas para a proteção de dados pessoais em cada situação concreta, "sempre mediante a adoção de esforços razoáveis e das técnicas disponíveis à época do tratamento, considerando, ainda, a natureza da pesquisa realizada, os riscos para os titulares e os padrões éticos aplicáveis"[47].

Quando houver incerteza sobre qual postura a instituição de ensino superior deve tomar, sublinhamos a orientação "coringa" dada pela ANPD em seu Guia Orientativo, segundo a qual, em caso de dúvida se deve ou não incidir a exceção legal do art. 4º, II, b (afastamento da LGPD no caso de tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos), "é recomendável a adoção de uma postura de maior cautela com o cumprimento das disposições pertinentes da LGPD, em especial se o tratamento realizado envolver alto risco para os direitos dos titulares"[48].

Considerações finais

A imprescindibilidade do tratamento de dados pessoais para fins de estudos e pesquisas, aliada à necessidade de pontuar regras que permitissem o bom desenvolvimento de tais atividades, impulsionou a Lei Geral de Proteção de Dados a abarcar comandos específicos para esses casos - por meio dos artigos 2º, III e V; 4º, II, b); 7º, IV e 11, II, c); 13; e 16, II.

Interessou à presente investigação o tratamento de dados pessoais "para fins exclusivamente acadêmicos", em seu dispositivo específico de regência (art. 4º, II, b da LGPD), que, propositalmente, deu margem a múltiplas hipóteses interpretativas, das quais identificamos e analisamos três: (1) o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos está fora do âmbito de aplicação da LGPD; (2) o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos é, de maneira implícita, uma das bases legais dos artigos 7º e 11 da LGPD; (3) ao tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos são aplicáveis somente os artigos 7º e 11 da LGPD.

Descartou-se a primeira hipótese sob o argumento de que a proteção de dados pessoais faz parte da evolução histórica da sociedade internacional, que alcançou a Era informacional e, com ela, a necessidade de impor um "filtro" (e não uma barreira) ao avanço tecnológico. Essa perspectiva foi, inclusive, adotada pelos

[44]BARRETO; ALMEIDA; DONEDA, op. cit., p. 799.
[45]ANPD, op. cit., 2022, p.20.
[46]ANPD, op. cit., 2022, p.21.
[47]ANPD, loc. cit.
[48]ANPD, op. cit., 2023, p. 52.

parlamentares brasileiros signatários da Proposta de Emenda Constitucional 115/2022, a qual alçou a proteção de dados pessoais à categoria de direito fundamental.

Além disso, salta aos olhos a eficiência em capacidade preditiva conquistada pelos algoritmos, com a capacidade de prever e influenciar comportamentos não só de indivíduos genéricos, mas também de indivíduos específicos - fatores que incrementam e tornam mais sensíveis os riscos de eventual vazamento ou desvio de finalidade. Especificamente no âmbito acadêmico, recorda-se que, em um dos principais escândalos envolvendo tratamento de dados pessoais no mundo, a coleta teve origem em aplicativo desenvolvido por pesquisador da Universidade de Cambridge para fins acadêmicos, tendo, posteriormente, a finalidade de seu tratamento desviada[49].

A segunda e a terceira hipóteses, afins pela tentativa de afastar uma parte da LGPD da aplicação ao tratamento de dados pessoais "para fins exclusivamente acadêmicos", foram invalidadas pela propositura de dois cenários autodestrutivos (minados por suas próprias lacunas). O primeiro referente ao "Ensino Superior para além da livre expressão acadêmica", isto é, ao tratamento de dados pessoais que ocorre nas instituições para questões administrativas: em tais casos, é inegável que o tratamento deve ser sempre compatível com o ordenamento jurídico e amparado em uma das bases legais previstas na LGPD. Dentre as que possuem a maior capacidade de aplicação a esse contexto, abordamos a realização de estudos por órgãos de pesquisa e o consentimento.

Contudo, a instituição de ensino ser enquadrada como "órgão de pesquisa" - por sua natureza e finalidade - e justificar o tratamento de dados pessoais em um propósito legítimo, específico, explícito e informado ao titular não encampam o rigor protetivo suficiente. O mesmo ocorre se a base legal escolhida for o consentimento, que tem sido criticado como foco regulatório, seja por limitações cognitivas ou hipossuficiência do titular dos dados pessoais tratados ou pelas modernas técnicas de tratamento, que geram representações virtuais imprevisíveis dos seres humanos (porque nem sempre decorrem logicamente dos dados que foram fornecidos).

O segundo cenário proposto ("Ensino Superior estritamente ligado à liberdade acadêmica") trouxe à tona a extrema importância de preservar um ambiente livre de interferências externas em que professores e alunos possam se dedicar exclusivamente à "busca do saber", o que está na gênese da própria universidade. Assim, a utilização de determinadas informações pessoais como parte de aula, palestra ou debate estaria livre das disposições da LGPD. O cenário é interessante e nutre coerência, mas, de forma isolada, não é absolutamente consentâneo com uma Era em que todas as atividades em sociedade fazem parte da mudança de paradigma que desemboca na proteção dos dados pessoais dos cidadãos como direito fundamental.

Assim, os dois cenários desenhados têm relevância e certamente servirão para medir a intensidade da responsabilidade das entidades de ensino superior responsáveis pelas pesquisas. No entanto, por todas as análises realizadas, acredita-se que o caminho mais adequado à nova realidade é o de considerar um microssistema para estudos e pesquisas que possua os seguintes fundamentos:

- equilíbrio entre os direitos individuais e a busca pelo interesse público;

[49]Sobre o assunto, ver: Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades, por BBC News. *G1*, 20 mar. 2018, 13h40. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml. Acesso em 7 jul. 2023. Ver também: Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada. Pablo Guimón, *El País Brasil*, 2 maio 2018, 18h05. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html. Acesso em: 7 jul. 2023.

- utilização de técnicas organizacionais suficientes e adequadas para garantir a proteção dos dados;
- processamento da menor quantidade de dados pessoais possível;
- garantia do alcance dos objetivos das pesquisas e da redução dos riscos relacionados à utilização de dados pessoais.

Para tanto, devem ser seguidas ao menos as seguintes orientações:

- o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos deve ser sempre lícito (compatível com o ordenamento jurídico e regularmente amparado em uma das bases legais da LGPD, sem prejuízo da aplicação dos demais dispositivos cabíveis da lei - a exemplo dos princípios e dos artigos 8, 10 e 12, que expressam conceitos ou ajudam na compreensão e aplicação das disposições relativas às bases legais);
- os dados devem ser anonimizados ou pseudonimizados, "sempre que possível", conforme previsto nos arts. 7º, IV, 11, II, c), e nos arts. 13 e 16, II, da LGPD. Salvo nos casos em que a identificação dos titulares seja imprescindível para os objetivos da pesquisa;
- devem ser adotados esforços razoáveis e as técnicas disponíveis à época do tratamento, tendo em conta, ainda, a natureza da pesquisa realizada, os riscos para os titulares e os padrões éticos aplicáveis.

Por fim, em caso de dúvida se deve ou não incidir a exceção legal do art. 4º, II, b (afastamento da LGPD no caso de tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivamente acadêmicos), especialmente se o tratamento realizado envolver alto risco para o direito dos titulares, recomenda-se à entidade responsável pela pesquisa uma postura da maior cautela possível ao caso concreto. É o modelo ora proposto, concatenando as ideias já disponíveis sobre a temática, embora sem pretensão de esgotá-la.

Referências

ANPD. *Guia orientativo:* Tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos e pesquisas. Brasília, jun. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes. Acesso em: 14 jul. 2023.

ANPD. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado.* Brasília, maio 2021, p. 5-6. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

ANPD. *Texto para discussão Nº 1/2022 - Estudo Técnico:* A LGPD e o tratamento de dados pessoais para fins acadêmicos e para a realização de estudos por órgão de pesquisa. Abr. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/sei_00261-000810_2022_17.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

BACHUR, João Paulo. Proteção de dados pessoais na educação. *In*: BIONI, Bruno *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 24. p. 1-743. (e-book).

BARRETO, Maurício L.; ALMEIDA, Bethânia; DONEDA, Danilo. Uso e proteção de dados pessoais na pesquisa científica. *In*: BIONI, Bruno *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 788-805, 2021. (e-book).

BASAN, Arthur Pinheiro. Artigo 4o. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros (coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 22-35.

BORELLI, Alessandra; LÓPEZ, Nuria. Capítulo X: Disposições Finais e Transitórias. *In*: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *LGPD*: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 10. (e-book).

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.709-de-14-de-agosto-de-2018-151410883. Acesso em: 23 dez. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Parecer acerca da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019*, 2019, p.1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01vqwnuiffbkdp1v8m3yk5aotpe37875732.node0?codteor=1791032&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 13 jul. 2023.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data protection in Brazil: new developments and current challenges. *In:* GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (ed.). *Reloading data protection*: multidisciplinary insights and contemporary challenges. Dordrecht: Springer, 2013, p.3-20.

FURTADO, Marcelo Gasque. *Liberdade acadêmica e docência universitária*. 2020. 210 f. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação Formação, Currículo e Práticas Pedagógicas) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07122020-131853/publico/1631458_MARCELO_GASQUE_FURTADO_rev.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

KARAM, Andréa Maria Sobreira *et al*. A aplicabilidade do método do estudo de caso em pesquisas jurídicas. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v.88, n.1, jan./jul. 2016. https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/702/showToc. Acesso em: 5 jun. 2017.

LAVOR, João Ferreira de; ANDRIOLA, Wagner Bandeira; LIMA, Alberto Sampaio. Avaliando o impacto da qualidade da gestão acadêmica no desempenho dos cursos de graduação. Um estudo em universidade pública brasileira. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, v. 8, n. 2, p. 233-254, 2016. Disponível em: https://revistas.uam.es/riee/article/view/2887. Acesso em: 12 jul. 2023.

LUGATI, Lys Nunes; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Da evolução das legislações sobre proteção de dados: a necessidade de reavaliação do papel do consentimento como garantidor da autodeterminação informativa. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-33, 2020. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10597. Acesso em: 12 jul. 2023.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez.2020. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10828. Acesso em: 15 jul. 2023.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i2.521. Acesso em: 15 jul. 2023.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; MARTINS, Carlos Benedito. Ensino Superior no Brasil: uma visão abrangente. *Repositório do conhecimento do IPEA* (Educação: Capítulos de Livros), Brasília. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9061. Acesso em: 14 jul. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Como encontrar um tema dentro de minha área de interesse? *In:* FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). *Metodologia de pesquisa em direito*: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (e-book).

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A proteção de dados pessoais na internet no Brasil: análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v.11, n. 2, p. 89-119, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/61960/39936. Acesso em: 12 jul. 2023.

STELZER, Joana *et al*. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e os desafios das instituições de ensino superior para a adequação. *In:* COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA, 19., 2019, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: UFSC, 2019. p. 7-9. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/200759/recent-submissions. Acesso em: 12 jul. 2023.

VAINZOF, Rony, Disposições preliminares. *In*: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *LGPD*: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (e-book).

Obra consultada

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: BIONI, Bruno *et al* (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

Terceiro setor: acesso a recursos públicos, lei de acesso à informação e Lei Geral de Proteção de Dados

ANA JÚLIA SGUARTECCHIA FAVATTO
GABRIELA DE LIMA SERRANO
Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ANA JULIA BUNIAK PINTO
Advogada. Pós-graduanda em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

CARINA ALAMINO TRIDA
Advogada. Pós-graduada em Neurociência Aplicada ao Direito e Comportamento Humano pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP Ribeirão Preto. Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

PALOMA FERNANDES LINS BARCA
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).

LUÍS ANTÔNIO ROSSI
Advogado. Doutor em 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).

Resumo: O presente trabalho analisa as regulações normativas ao Terceiro Setor desencadeadas pela Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados. Enfrenta as provocações acerca de uma possível antinomia entre tais regramentos, apresentando um caminho de prudente lida com as tecnicalidades jurídicas capaz de pavimentar a compatibilidade entre os conteúdos normativos, mesmo frente às customizações exigidas pelos pontuais casos concretos.

Palavras-chave: Terceiro Setor. LAI. LGPD. Compatibilidade. Antinomia.

Abstract: This work analyzes the normative regulations for the Third Sector based on the Law on Access to Information and the Brazilian General Data Protection Law. It faces provocations about a possible antinomy between such rules, presenting a path of prudent dealing with legal technicalities capable of paving the way for compatibility between normative contents, even in the face of the customizations required by specific cases.

Keywords: Third Sector. LAI. GDPL. Compatibility. Antinomy.

Introdução

Uma das grandes preocupações do Estado e da própria sociedade é a correta utilização dos recursos públicos. A busca pela lisura, transparência e alocação dos gastos públicos encontra-se protegida pelo Princípio da Transparência. Em outro sentido, uma constante preocupação dos cidadãos reside na publicidade de seus dados e os riscos que a ausência da proteção dos dados pessoais pode ensejar. Essas duas inquietações acabaram por conduzir à criação de leis que pudessem normatizar, de um lado, a transparência e a publicidade dos gastos do Governo, de instituições que auferissem verba pública e do outro, a proteção de dados pessoais e sensíveis que passam a contar com tutela judicial. Quando se trata de recursos públicos, não se pode olvidar que os mesmos podem ser utilizados por organizações que não estão diretamente enquadradas enquanto Pessoas Jurídicas de Direito Público. Nesse sentido e, auxiliando o Estado na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, é possível encontrar entidades chamadas de Terceiro Setor. Em que pese tenham essas entidades direito à proteção de seus dados por outro lado faz-se necessária a publicidade e a transparência dos recursos recebidos, principalmente quando os mesmos advêm de recursos do Governo. O presente artigo busca analisar as compatibilidades e/ou incompatibilidades da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e da Lei de Acesso à Informação das entidades que compõem o Terceiro Setor.

Terceiro setor e os recursos públicos

Desde seu nascimento e segundo o artigo 5º da Constituição Federal[1], ao cidadão brasileiro são garantidos os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Somados a esses direitos inerentes à pessoa humana, os indivíduos também são detentores de direitos sociais como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (artigo 6º da Constituição Federal).

A princípio, cabe ao Estado salvaguardar essa gama de direitos fundamentais a todos e a cada um de seus cidadãos. No entanto, os mesmos nem sempre conseguem ser integralmente supridos pelo Poder Público.

É nesse contexto que surgem parcerias entre o Estado e setores que não se enquadram nem enquanto pessoas jurídicas com finalidade lucrativa, tampouco pertencem ao setor público. São as chamadas instituições do Terceiro Setor.

Segundo bem definido por Ivana Mussi Gabriel[2], terceiro setor "se refere aos serviços não exclusivos do Estado, realizados por entidades privadas sem fins lucrativos". Para a autora, no terceiro setor estariam entes privados que não manteriam vinculação com a Administração Pública, e que ao mesmo tempo não buscam o lucro, mas sim atender a relevantes temas de interesse social e público.

No presente estudo não serão detalhadas de forma pormenorizada as características do terceiro setor; mesmo assim, importante observar que dele fazem parte as Organizações Não Governamentais (ONGs), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), fundações, entidades beneficentes, as entidades sem fins lucrativos e as associações de moradores.

Por não ter fins lucrativos, o terceiro setor mantém suas atividades através de doações e parcerias firmadas com pessoas físicas ou privadas. No entanto, ainda é possível que esse setor conte com recursos públicos e isso pode ocorrer através de várias iniciativas como contratos de gestão, termo de parceria, convênios, termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação[3].

Para fins de esclarecimento, importante diferenciar que o contrato de gestão é aquele firmado ente o Poder Público e as Organizações Sociais (OS) buscando fomentar e executar atividades relacionadas à gestão de equipamentos públicos, conforme dispõe Decreto 52.858/2011, enquanto os termos de parceria são as cooperações firmadas com as chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Com relação ao Termo de Fomento, o Termo de Colaboração e o Acordo de Cooperação, os três foram instituídos pela Lei 13.019/14 e orientam as parcerias com as Organizações da Sociedade Civil (OSCs)[4].

No que concerne aos convênios, segundo esclarece o Portal da Transparência do Governo, os mesmos seriam[5]:

> contratos de repasse e termos de parceria são acordos feitos entre União e entidades governamentais dos demais entes da Federação, ou organizações não-governamentais, para transferência de recursos financeiros a serem utilizados na execução de um objetivo comum.

[1]BRASIL. *Constituição Federal*. Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.
[2]GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito Administrativo para concursos*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 80.
[3] TCESP – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Painel Terceiro Setor.* Disponível em: https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ATerceiroSetor%3AterceiroSetor.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero. Acesso em: 14 abr. 2024.
[4] FAQ COPATS. *Conceitos gerais.* Disponível em: https://duvidas.copats.prefeitura.sp.gov.br/conceitos-gerais/. Acesso em: 13 abr. 2024.
[5] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. *Convênios e outros acordos.* Disponível em:https://portaldatransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/convenios-e-outros-acordos#:~:text=O%20QUE%20S%C3%83O%20CONV%C3%8ANIOS%3F,execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20objetivo%20comum. Acesso em: 12 abr. 2024.

Segundo o Ministério Público de Contas de São Paulo e, com dados da plataforma "Painel do Terceiro Setor" desenvolvida pelo Departamento de Tecnologia da Informação do TCE-SP, no ano de 2021, o Estado de São Paulo repassou mais de R$ 33 bilhões a entidades do Terceiro Setor[6], beneficiando os mais variados setores como assistência social, cultura, desporto e lazer, cidadania, educação, saúde, entre outros e para as mais variadas instituições. Como exemplo podemos citar a Associação de Defesa e Valorização da Vida, APAEs, Associação Cultural de Apoio ao Museu Casa de Portinari, Fundação Roberto Marinho, Fundação Abrinq Pelos Direitos da Criança e do Adolescente, Santas Casas, Caritas Brasileira, e tantas outras[7].

É incontroversa a importância do trabalho realizado pelo Terceiro Setor e, de igual relevância, as benesses que as parcerias firmadas com o Estado podem trazer para seus projetos.

A questão que não pode ser deixada de lado é que, ao se tratar de uso de recursos públicos, ainda que repassado à pessoa jurídica de direito privado (como é o caso do Terceiro Setor), faz-se necessário respeitar o princípio constitucional da publicidade (artigo 37) com o controle dos gastos a fim de garantir a efetividade e transparência do uso do dinheiro público.

E é nesse contexto que se tem a vinculação entre os repasses de recursos públicos ao Terceiro setor e a Lei de Acesso à Informação.

Terceiro setor: recursos públicos e a lei de acesso à informação

Quando um projeto de lei é proposto ou alguma alteração legislativa é necessária, via de regra, o que se busca é atender às demandas da sociedade de regulamentar as relações em todos os seus setores, seja na esfera pública ou na privada.

Principalmente quando se trata do setor público, faz-se necessário que o Estado se responsabilize a garantir a seus cidadãos, políticas de transparência de acesso à informação a fim de que cada brasileiro, dentro de um Estado Democrático de Direito, possa observar todas as atividades da administração pública.

Foi nessa perspectiva que em 18 de novembro de 2011 foi publicada a lei 12.527[8], também conhecida como Lei de Acesso à Informação, cujo objetivo, conforme descrito em seu artigo 1º, seria "garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal".

Nesse sentido, assim determina a Constituição Federal[9]:

> 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:
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
>
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
> II - O acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

[6]MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Repasses de recursos públicos a entidades do Terceiro Setor são alvo de ação conjunta do TCE-SP, MP-SP e MPC-SP*. Disponível em: https://www.mpc.sp.gov.br/repasses-de-recursos-publicos-entidades-do-terceiro-setor-sao-alvo-de-acao-conjunta-do-tce-sp-mp-sp. Acesso em: 12 abr. 2024.
[7]TCESP – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit.
[8] BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.
[9]BRASIL, op. cit., 1988.

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

A Lei de Acesso à Informação, portanto, foi criada com o intuito de assegurar a todos os cidadãos o direito de solicitar e obter informações públicas não sigilosas, visando assim operacionalizar-se a transparência que deve guiar a coisa pública. E seu objetivo principal é fornecer informações de atividades que os órgãos governamentais realizam.

Para obter a informação desejada, o cidadão deve ser objetivo e formular o pedido de forma direta e específica. Conforme a LAI, o Órgão possui um prazo de 20 dias corridos, podendo prorrogar por mais 10 dias para responder os formulários. Entretanto, o pedido pode ser indeferido desde que com justificativa plausível, em se tratando de informação sigilosa. E para o documento estar em sigiloso, deve ser fundamentado o motivo.

O Tribunal Regional Eleitoral apresenta alguns princípios sobre a Lei de Acesso à Informação[10]:

- Acesso é a regra, o sigilo, a exceção (divulgação máxima);
- Requerente não precisa dizer por que e para que deseja a informação (não exigência de motivação);
- Hipóteses de sigilo são limitadas e legalmente estabelecidas (limitação de exceções);
- Fornecimento gratuito de informação, salvo custo de reprodução (gratuidade de informação);
- Divulgação proativa de informações de interesse coletivo e geral (transparência ativa);
- Criação de procedimentos e prazos que facilitam o acesso à informação (transparência passiva).

A título de complementação, destaca-se que a transparência na administração pública, se dá em duas formas: transparência ativa, quando o próprio órgão divulga informações não sigilosas sendo postadas principalmente em redes sociais, e a transparência passiva que é o fornecimento de informações públicas de forma presencial ou remotamente, conforme os pedidos, caso não seja sigiloso.

Analisando o que prevê a Constituição Federal sobre a necessidade da publicidade das informações acerca dos gastos públicos, as particularidades do Terceiro Setor, no que tange ao acesso a recursos do Governo e aquilo a que se dispõe a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), a outra conclusão não se poder chegar se não a de que os recursos públicos, aos quais as entidades do Terceiro Setor têm acesso, são passíveis de controle e publicidade.

E, nesse sentido, importante destacar o que determina o artigo 2º, parágrafo único da Lei de Acesso à Informação[11]:

> Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.
> Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

Evidenciado que, ainda que o Terceiro Setor não se enquadre enquanto pessoa de direito público, os recursos a ela destinados e que forem de repasse do Estado devem estar submetidos ao controle da Lei de Acesso à Informação.

E nesse contexto todo, como fica a privacidade dos dados tutelada pela LGPD? É possível a aplicação concomitante dos dois instrumentos?

---

[10] TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – MT. *Transparência e a Lei de Acesso a Informação (LAI).* Disponível em: https://www.tre-mt.jus.br/institucional/ouvidoria/transparencia-e-a-lei-de-acesso-a-informacao-lai. Acesso em: 20 abr. 2024.
[11] BRASIL, op. cit., 2011.

Terceiro setor: Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados

Para o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, em setembro de 2020, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD (Lei nº. 13.709 de 14 de agosto de 2018). Sua aplicabilidade infere na criação de um ambiente de maior segurança para o titular dos dados pessoais, ou seja, a pessoa natural que tem suas informações pessoais objeto do tratamento, o qual pode ser realizado por pessoa física ou pessoa jurídica, tanto o setor privado, quanto o setor público. Trazendo como objetivo "proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural", segundo o art. 1º da Lei nº 13.709/2018, a LGPD foi inspirada no regime jurídico europeu, mas sua criação não foi suficiente para extinguir os atritos de ideais existentes entre as atividades realizadas pelo Estado e os agentes privados[12].

Sob essa ótica, com crescimento do acesso das informações pessoais na economia, latente a importância de garantir aos indivíduos o direito de controle de acesso de seus dados. Com isso, foram desenvolvidas diversas hipóteses, conhecidas como bases legais, nas quais o detentor dos dados, deve se basear para a efetiva atividade de tratamento concreto da proteção de dados[13].

Importante mencionar que, para a LGPD, consiste o tratamento dos dados pessoais em qualquer operação que se faça com a informação, conforme disposto no art. 5º, inciso X, deste modo, qualquer ato realizado pelos agentes de tratamento, os quais são pessoas físicas ou jurídicas que, na condição de controlador ou operador, realizem a mencionada operação. Ademais, necessário esclarecer, ainda, que o controlador, para a LGPD é o agente a quem compete decidir acerca do tratamento e, por sua vez, o operador é aquele que efetivamente realiza o tratamento em nome do controlador.

Desse modo, os princípios da LGPD ganharam um grande destaque, sendo utilizados como mecanismos interpretativos para as complexas regras presentes na legislação, além de contribuir para a solução de diversos casos concretos enfrentados pelo Poder Judiciário presentes na sociedade atual. Eles compõem concepções diretivas, auxiliando na fundamentação normativa para a aplicação e intepretação do direito, podendo ser operados de forma expressa ou decorrente, explícita ou implícita, além do uso do próprio texto constitucional[14].

Ademais, é válido informar que os princípios presentes na LGPD não equivalem ao exercício criativo do legislador brasileiro; eles foram pautados em documentos internacionais e de leis de proteção de dados de outros países. No entanto, a Lei n. 13.709/2018, articula com princípios previstos na Constituição Federal de 1988, os quais integram o Estado. Tal afirmação pode ser demonstrada no 1º artigo da Lei Geral de Proteção de Dados[15]:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

[12] WIMMER, Miriam. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais ao setor público. *In:* FRANCOSKI, Denise de Souza; TASSO, Fernando Antonio (coord.). *A Lei geral de proteção de dados pessoais*: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado: LGPD. São Paulo, 2021. (livro eletrônico). Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259453871/v1/page/RB-4.1. Acesso em: 8 abr. 2024.

[13] MATTIUZO, Marcela; FAVARO Iasmine, Lima. Dados manifestamente públicos e dados não sujeitos à LGPD – diferenciando conceitos e estabelecendo parâmetros. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). Compliance e políticas de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/278686705/v1/page/RB-16.1. Acesso em: 8 abr. 2024.

[14] WIMMER, op. cit.

[15] BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 8 abr. 2024.

Nele estão expostos os direitos fundamentais de todo indivíduo, presente na redação Constitucional. E, nesse sentido, somado ao movimento mundial de proteção das informações pessoais e das legislações acerca desta temática e, inclusive, as próprias disposições da LGPD, a Emenda Constitucional n.º 115/2022 incluiu o inciso LXXIX no artigo 5º, assegurando e atribuindo a natureza de direito fundamental ao direito de proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais[16].

Outrossim, para o melhor entendimento dos princípios da LGPD, foram criados quatro conjuntos para a classificação das atividades de tratamento de dados pessoais. O primeiro conjunto refere-se aos princípios da finalidade, da adequação e da necessidade. O segundo, é voltado para os direitos dos titulares, garantindo livre acesso, qualidade e transparência. Já o terceiro, é composto pelos princípios de segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas, indicados para os agentes de tratamento. E o quarto, indica o princípio da não-discriminação[17].

Para Wimmer, o primeiro conjunto parte da ideia de que os titulares dos dados pessoais obtêm total controle de seus dados, limitando, assim, sua utilização secundária e impedindo sua comercialização. São os princípios de finalidade, adequação e necessidade, mecanismos restringíveis das atividades de tratamento de dados pessoais, como mostram os incisos I, II e III, do artigo 6º da LGPD[18]:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
> II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

Para tal efetivação, são utilizados os seguintes dispositivos[19]:

> (i) circunscrição dos propósitos de tal tratamento, que devem ser legítimos, específicos e informados ao titular;
> (ii) vedação do tratamento posterior de forma incompatível com tais finalidades;
> (iii) determinação de que as operações de tratamento concretamente realizadas com os dados pessoais sejam compatíveis com essas finalidades, de acordo com o contexto; e
> (iv) limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização daquelas finalidades informadas ao titular.

Além disso, ao se tratar dos direitos dos titulares, o segundo conjunto engloba os princípios presentes nos incisos IV, V e VI, do artigo 6º da LGPD, do livre acesso, qualidade e transparência dos dados, os quais são efetivamente garantias à ciência do detentor, em relação ao tratamento de seus dados por terceiros[20]:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
> V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
> VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

[16]BRASIL, op. cit., 1988.
[17] WIMMER, op cit.
[18] BRASIL, op. cit., 2018.
[19] WIMMER, op. cit.
[20] BRASIL, op. cit., 2018.

O terceiro conjunto de princípios, sendo eles segurança, prevenção, responsabilização e prestação de contas, atribui as obrigações de responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, utilizando de ferramentas como adoção de medidas técnicas e medidas administrativas. Eles estão presentes nos incisos VII, VIII e X, do artigo 6º da LGPD:[21]

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
> VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

Por fim, é possível analisar o quarto conjunto que trata do princípio da não-discriminação, descrito no inciso IX do artigo 6º da LGPD, que denota a preocupação com a discriminação das pessoas, com base em suas características individuais, inquietação comum nas leis de proteção de dados:[22]

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:
> IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Se inicialmente se atentou à importância do acesso aos recursos públicos por parte das entidades do terceiro setor e da necessidade de se atender ao Princípio da Transparência quando se trata de recursos advindos do Estado, no presente capítulo, foi possível observar os esforços da legislação nacional em regulamentar a publicidade e proteção dos dados. E nesse sentido, importante observar que, uma vez que o Terceiro Setor tem acesso à uma gama enorme de informações como dados pessoais e sensíveis de seus colaboradores, prestadores de serviços, doadores, beneficiários, parceiros e os próprios dados das entidades, faz-se necessário cuidar para que esses dados sejam devidamente protegidos.

A análise atenta das duas legislações – Lei de Acesso à Informação e LGPD – conduzem à compreensão de que o Terceiro Setor acaba por se subordinar às duas normatizações.

Nesse sentido, surgem alguns questionamentos: há "superioridade" entre uma e outra norma? Há divergências entre os objetivos da Lei de Acesso à Informação e da LGPD? É possível conciliar a aplicação de ambas? E como fica o Terceto Setor em relação às duas?

Terceiro setor, Lei de Acesso à Informação e LGPD: há antinomia?

No cenário brasileiro, diante da recente evolução normativa da proteção de dados pessoais com a promulgação da Lei n.º 13.709/18, não se pode olvidar, na esfera do terceiro setor, do direito de acesso à informação pública, também considerado fundamental pela Constituição Federal de 1988. Nesses termos, torna-se capital balizar e compreender os limites e as similitudes entre a publicidade, transparência pública e a proteção de dados pessoais, amparados, respectivamente, pela Lei de Acesso à Informação e pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, além das disposições constitucionais sobre a matéria.

[21] Ibid.
[22] Ibid.

Nessa linha, ao se ter em mente ambos os diplomas normativos no âmbito da administração pública direta e indireta, é costumeiro, de imediato, indagar se seriam eles completamente opostos, uma vez que, pelo senso comum, enquanto de um lado, a Lei de Acesso à Informação buscaria garantir a divulgação de todas e quaisquer informações de interesse público, exigindo-se a publicidade e a transparência ativa, de outro lado, ao reverso disso, a LGPD teria como principal finalidade assegurar a liberdade, privacidade e intimidade. Considerando as premissas expostas nos capítulos anteriores deste artigo, acerca da veiculação do terceiro setor à ambas as legislações, surge, então, o questionamento: há antinomia entre a Lei de Acesso à Informação e a LGPD?

A resposta para tal indagação não é simples e, aliás, divide opiniões na doutrina. Isso porque, muito embora existam pontos conflitantes, é possível observar também uma série de compatibilidades. Nesse sentido, pela ótica do direito administrativo, elucida Canhadas[23] que, embora possam ser consideradas normas jurídicas antagônicas, devem ser, diante de suas compatibilidades, lidas e interpretadas de forma harmônica e sistemática.

A Lei de Acesso à Informação[24], responsável por regular o direito constitucional de acesso à informação, tem como escopo possibilitar o acesso às informações públicas de forma ampla, simplificada e irrestrita, segundo esclarece Marcello Muller Teive[25].

Contudo, como para toda regra, há uma exceção.

Seu capítulo IV, intitulado "Das Restrições de Acesso à Informação", tem o papel de proteger informações ligadas à intimidade, vida privada, honra, imagem, liberdades e garantias individuais. Em outro vocábulo, embora se reconheça a primazia pela publicidade e direito de acesso as informações públicas, reconhece-se também a importância de se proteger a intimidade, devendo a transparência dos atos públicos e a proteção de dados pessoais caminharem lado a lado.

Neste contexto, cumpre chamar a atenção para a LGPD[26] que, no cenário tecnológico atual, pode ser caracterizada, dentre seus vários objetivos, como instrumento apto para delimitar os limites do direito de acesso à informação, garantido pela Lei de Acesso à Informação.

O artigo 23 da LGPD estabelece as condições e diretrizes para o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público, a fim de que possam atender aos ditames da Lei de Acesso à Informação e, conjuntamente, proteger os dados pessoais. De acordo com os termos da legislação, marcados por conceitos de caráter subjetivo, o detentor das informações deverá observar as previsões legais, a finalidade pública, os procedimentos utilizados para o tratamento de dados, além de indicar um encarregado por tais procedimentos.

Logo, considerando a proteção estabelecida pela Lei de Acesso à Informação à intimidade e a vida privada, bem como as disposições da LGPD, que visam disciplinar o tratamento de dados pelo detentor de informações públicas, parece ser possível apontar para uma compatibilidade entre determinados pontos de ambas as legislações, que devem, em conjunto, alinhar a transparência ativa dos dados públicos, sem deixar de ter em mente a necessidade de se proteger determinados dados pessoais e a vida privada do indivíduo.

---

[23] CANHADAS, Fernando Augusto Martins. *A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida*. LGPD e Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
[24] BRASIL, op. cit., 2011.
[25] TEIVE, Marcello Muller. O compartilhamento de dados pessoais oriundos de bases de dados públicos: a compatibilidade entre a LAI e a LGPD. *In*: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (coord). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*: *LGPD*: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. ePub. RB-14.1. (livro eletrônico). Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259453871/v1/page/RB-14.1. Acesso em: 8 abr. 2024.
[26] BRASIL, op. cit., 2018.

Ocorre que, inobstante os fatores acima delineados, a harmonia entre o tratamento de dados pessoais e o direito de acesso à informação acaba sendo prejudicada pela grande carga subjetiva que se apoia sobre ambas as leis, decorrendo em conflito entre os direitos constitucionais analisados.

Um exemplo está no fato de que enquanto para a Lei de Acesso à Informação dados pessoais estariam estritamente ligados com a honra, imagem e vida privada, a LGPD traz conceito mais aberto, no sentido de que dados pessoais seriam definidos como aqueles pelos quais é possível identificar uma pessoa natural, e, para a sua disponibilização, deveriam ser analisados a finalidade e o interesse público, além dos procedimentos para tanto. Dessa forma, a teor do que dispõe a LGPD, para que seja possível verificar o preenchimento dos requisitos necessários para a disponibilização de informações pessoais pelo poder público, é necessário solicitar informações complementares e, contudo, frente à referida necessidade, a Lei de Acesso à Informação, de forma reversa, veda em seu artigo 10, §3º, qualquer exigência referente aos motivos da solicitação de informações de interesse público.

Outra situação está na aplicabilidade do princípio da transparência sob a ótica de cada uma das legislações. Para Wimmer[27], se, de um lado, na esfera da LAI, está ele relacionado aos direitos da coletividade, de outro, no campo da LGPD, a publicidade está vinculada ao acesso de dados de seu titular.

Destarte, conclui-se que, embora compatíveis em determinados termos, a Lei de Acesso à Informação e a LGPD, a depender do caso concreto, podem ser colocadas em choque, gerando tensão entre os direitos fundamentais de privacidade e os de acesso à informação.

Neste cenário, a técnica ideal para sanar eventuais tensões e colisão entre direitos fundamentais está na mesma lógica utilizada para solucionar a colisão entre princípios, uma vez que, se tratam de direitos principiológicos, com semântica aberta.

Os direitos fundamentais envolvidos, ou seja, o direito à proteção de dados pessoais e o direito de acesso à informação, devem ser ponderados e, para orientar essa tarefa de ponderação há o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequada seria a medida capaz de atingir determinado fim; necessária aquela que restringe em menor escala o direito violado; e, proporcional em sentido estrito, adotado pelo jurista Robert Alexy[28], em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo o qual, deve-se promover a realização de um direito fundamental mais importante, ou seja, de maior peso, do que aquele que com ele colide.

De forma prática, a "Teoria do Sopesamento", fundamenta por Roberto Alexy[29], indica que a solução para eventuais colisões entre a Lei de Acesso à Informação e a LGPD demanda procedimento de etapas distintas. Nessa linha, após constatada a colisão, é necessário verificar a adequação da medida adotada para a proteção do direito fundamental, seja ele o de acesso à informação ou de proteção dos dados pessoais. Na sequência, deverá o detentor das informações públicas analisar a necessidade de se adotar as referidas medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, já mencionada anteriormente, ou seja, afastar o de menor peso. Esses processos devem nortear o intérprete para que se conclua por qual das normas deve possuir maior peso no caso concreto, que deverá ser aplicada para a solução da antinomia entre as normas[30].

Portanto, apesar de em grande parte das vezes serem complementares, a Lei de Acesso à Informação e a LGPD podem entrar em conflito, a depender do caso concreto. Nesta situação, deverá o detentor das

[27] Op. cit.
[28] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
[29] Ibid.
[30] CANHADAS, op. cit.

informações, a teor dos direitos fundamentais de acesso à informação e da proteção de dados pessoais, sopesar as referidas normas, a fim de que possa concluir por qual apresenta mais peso na situação analisada e qual deverá ser afastada, para que assim seja sanado o conflito entre as legislações.

Considerações finais

A sociedade moderna demanda, cada vez mais, elevadas cargas regulatórias com vistas a atender as complexidades das relações sociais, e essa elevação leva, muitas vezes, à possíveis antinomias normativas, sobretudo frente a situações concretas vivenciadas na vida diária.

Quando tais possíveis incompatibilidades surgem a partir da abordagem da aplicação de novos institutos jurídicos, como no caso da Lei de Acesso à Informação e da LGPD, a lida jurídica frente a um aparente dilema exige redobrada cautela, ante a escassez de uma direção jurisprudencial que ainda está por ser edificada.

No exercício desta prudência, ao jurista cabe perseguir, a partir das tecnicalidades que se lhe são disponibilizadas, a compatibilidade entre os conteúdos normativos e as customizações exigidas dos pontuais casos concretos, tarefas das quais este trabalho se ocupou, com vistas a preservar a harmonia do ordenamento jurídico tão relevante enquanto instrumento eficaz à adequada pacificação social.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição Federal*. Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 8 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 13 abr. 2024.

CANHADAS, Fernando Augusto Martins. *A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida*. LGPD e Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/246338257/v1/page/II. Acesso em: 8 abr. 2024.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. *Convênios e outros acordos*. Disponível em:https://portaldatransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/convenios-e-outros-acordos#:~:text=O%20QUE%20S%C3%83O%20CONV%C3%8ANIOS%3F,execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20objetivo%20comum. Acesso em: 12 abr. 2024.

FAQ COPATS. *Conceitos gerais.* Disponível em: https://duvidas.copats.prefeitura.sp.gov.br/conceitos-gerais/. Acesso em: 13 abr. 2024.

GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito Administrativo para concursos*. São Paulo: Verbatim, 2010.

MATTIUZO, Marcela; FAVARO Iasmine, Lima. Dados manifestamente públicos e dados não sujeitos à LGPD – diferenciando conceitos e estabelecendo parâmetros. *In*: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). *Compliance e políticas de proteção de dados.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/278686705/v1/page/RB-16.1. Acesso em: 8 abr. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Repasses de recursos públicos a entidades do Terceiro Setor são alvo de ação conjunta do TCE-SP, MP-SP e MPC-SP*. Disponível em: https://www.mpc.sp.gov.br/repasses-de-recursos-publicos-entidades-do-terceiro-setor-sao-alvo-de-acao-conjunta-do-tce-sp-mp-sp. Acesso em: 12 abr. 2024.

TCESP – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Painel Terceiro Setor.* Disponível em: https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ATerceiroSetor%3AterceiroSetor.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero. Acesso em: 14 abr. 2024.

TEIVE, Marcello Muller. O compartilhamento de dados pessoais oriundos de bases de dados públicos: a compatibilidade entre a LAI e a LGPD. *In*: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (coord). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*: *LGPD*: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. ePub. RB-14.1. (livro eletrônico). Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259453871/v1/page/RB-14.1. Acesso em: 8 abr. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – MT. *Transparência e a Lei de Acesso a Informação (LAI).* Disponível em: https://www.tre-mt.jus.br/institucional/ouvidoria/transparencia-e-a-lei-de-acesso-a-informacao-lai. Acesso em: 20 abr. 2024.

WIMMER, Miriam. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais ao setor público. *In:* FRANCOSKI, Denise de Souza; TASSO, Fernando Antonio (coord.). *A Lei geral de proteção de dados pessoais*: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado: LGPD. São Paulo, 2021. (livro eletrônico). Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259453871/v1/page/RB-4.1. Acesso em: 8 abr. 2024.

Obra consultada

RIBEIRO, Giovana Bellini. Compatibilidade entre a proteção de dados pessoais e o dever de transparência pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. *LGPD e Administração Pública*: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (livro eletrônico).

Construindo a legitimidade do direito: ilusões de consenso e construções de verdade[1]

GIOVANNA MIGLIORI SEMERARO
Doutoranda em Direito e Desenvolvimento, com ênfase em Instituições do Estado Democrático, pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP), beneficiária da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa (FGV) e da bolsa CAPES-PROSUP. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2017). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012).

Resumo: O artigo trata da relação entre legitimidade do direito, poder e dominação, em um esforço de teorização, mediante a metodologia de revisão bibliográfica. Analisamos a norma jurídica enquanto marcada por uma simulação de consenso, nos termos sugeridos por Niklas Luhmann e Tércio Sampaio Ferraz Junior. A chave de leitura do poder nos permite estender a reflexão à construção de aceitação da autoridade por meio das mínimas instâncias sociais, nos levando aos escritos de Michel Foucault sobre as técnicas modernas de obediência, sendo a criação da verdade, no direito, uma delas.

Palavras-chave: Luhmann. Ferraz Junior. Poder. Dominação. Obediência.

Abstract: The article deals with the relationship between the legitimacy of law, power and domination, in an effort to theorize using the methodology of a bibliographical review. We analyze the legal norm as marked by a simulation of consensus, in the terms suggested by Niklas Luhmann and Tércio Sampaio Ferraz Junior. The key to reading power allows us to extend the reflection to the construction of acceptance of authority through minimal social instances, leading us to Michel Foucault's writings on modern techniques of obedience, one of which is the creation of truth in law.

Keywords: Luhmann. Ferraz Junior. Power. Domination. Obedience.

Introdução

A legitimidade é o tema central do Direito. Ela explica e determina por que as normas jurídicas serão ou não obedecidas; é o ponto de discussão nas revoluções sociais. Analisar a legitimidade da autoridade estatal envolve explorar um dos aspectos mais complexos e cativantes do estudo do Direito, da Sociologia e da Filosofia Política.

Para tal, é necessário esclarecer que nossa concepção de legitimidade não se firma em valores ontológicos ou puramente racionais, mas sim na perspectiva metacomplementar da expectativa socialmente difundida de que a norma jurídica será obedecida. Por esta perspectiva, a obediência à norma não se dá porque as normas jurídicas são essencialmente justas, mas porque foram emitidas por uma autoridade. Há um pressuposto geral de obediência à norma jurídica, e este é seu único fundamento.

Tal pressuposto não se funda em consensos empíricos ou em ideias harmonicamente difundidas de verdade e justiça, mas em um processo de construção de um clima social institucionalizado de obediência. Indivíduos possivelmente problemáticos, neste quadro, serão isolados, apresentados à sociedade em geral como inimigos à ordem institucionalizada e serão neutralizados por meio das disciplinas.

Esta concepção nos permite, no presente artigo, articular as ideias de Niklas Luhmann sobre legitimidade do sistema jurídico com os escritos de Michel Foucault sobre disciplina, tendo os escritos de Tércio Sampaio Ferraz Junior um papel balizador para tal conexão.

Assim, na primeira sessão, "Norma enquanto mensagem de autoridade", exploramos a perspectiva da norma jurídica enquanto ordem emitida por uma autoridade, inserida em uma relação de poder pressuposta por terceiros – uma expectativa social de aceitação.

Na segunda sessão, "Isolamento de revoltados", abordamos a ideia de legitimidade enquanto simulação do consenso social, de modo que a construção teórica da dogmática jurídica permite que a validade

[1] Este trabalho foi produzido com o auxílio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa (FGV) e da bolsa CAPES-PROSUP.

da norma se mantenha ainda que alvo de grandes descontentamentos sociais. Do ponto de vista estratégico da legitimidade jurídica, temos que uma função primordial dos processos jurídicos é acalmar frustrações.

Na terceira sessão, "Verdade e Poder", consideramos uma ideia de poder fundamentado por complexos e pormenorizados mecanismos difusores de controle que levam à obediência, conforme sugere Michel Foucault. Abordamos a construção da verdade, enquanto ciência, pelo sistema jurídico enquanto uma ferramenta de poder relacionada ao direito moderno. Por fim, concluímos.

Norma enquanto mensagem de autoridade

Geralmente, na tradição positivista moderna, a norma jurídica é apresentada como uma proposição de dever-ser, ou seja, uma determinação de como deve ser o comportamento, a exemplo da teoria de Kelsen. Dá-se ênfase ao escalonamento hierárquico das normas do sistema a partir do conceito de validade. Promulgada a norma, esta adquire vida própria, conforme o sistema na qual se inseriu, sem que haja uma preocupação com aquele que emite a ordem ou tampouco com aquele que a recebe. A fórmula kelseniana deste modelo é o tradicional "Se A, deve se dar B"[2].

Também é costumeiro que a norma jurídica seja vista como uma prescrição, ou seja, um ato de vontade impositiva, expressando-se também em um dever-ser. Nesta linha, a norma se apresenta como um impositivo de vontade de um ente dotado de "qualidade prescritora"[3], isto é, um ente habilitado, legítimo, dotado de autoridade e de força oficial. Por este modelo, a norma jurídica é o comando de uma vontade institucionalizada, apta a comandar. Embora esta segunda linha dê alguma ênfase à instituição emissora da ordem jurídica, não há preocupações com o receptor da ordem.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., é mais interessante que a norma jurídica seja concebida como um fenômeno complexo, que envolve não apenas o escalonamento sistemático na qual ela se insere, nem apenas a vontade do comandante, mas como uma situação comunicativa. Em outras palavras, a norma jurídica é uma ordem, com determinado conteúdo, emitida por um emissor-autoridade e recebida por um receptor-subordinado.

Trata-se, essencialmente, de uma relação de poder, na qual o emissor se impõe como superior, configurando-se uma relação autoridade/sujeito. Nessa linha, a análise da norma perpassa não apenas a norma em si ou a qualidade do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos e sua reação diante da ordem.

A mensagem normativa, na teoria do direito como comunicação, é formada tanto no nível de relato quanto no nível de cometimento. O relato de uma mensagem é seu conteúdo, a mensagem efetivamente transmitida. Já o cometimento é o nível no qual se determinam as relações de subordinação e coordenação, em geral transmitido de forma não-verbal: através do tom de voz ou da expressão facial. O nível cometimento guarda a autoridade da mensagem, determinando a relação entre os comunicadores[4].

A norma baseia-se, portanto, na diferença entre os comunicadores: um manda e outro acata a ordem. E, no caso específico da norma jurídica, esta relação de obediência passa a ser pressuposta por terceiros: gera-se uma expectativa geral de que as normas serão obedecidas.

Esta aceitação da obediência por parte de terceiros não necessariamente será ostensiva, mas principalmente pressuposta. No exemplo, pressupõe-se que o professor deve ser obedecido, ainda que no caso

[2] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[3] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito:* técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 102.
[4] A título de exemplo, Ferraz Junior utiliza a alegoria do professor que proíbe que os alunos fumem em sala de aula. O relato da mensagem está em seu conteúdo de se abster de fumar. O cometimento está na mensagem implícita "aqui mando eu, vocês obedecem".

concreto não o seja: há uma ideia geral de que os alunos lhe devem obediência. E, quando há um pressuposto socialmente generalizado de obediência a uma autoridade, diz-se que esta está institucionalizada[5].

Temos, nesse sentido, a construção de uma simulação de consenso. Um consenso social presumido, que prevalece sobre qualquer consenso empírico. Não há um consenso social propriamente dito em torno da autoridade e do conteúdo das normas jurídicas, mas um simples pressuposto de aceitação. O reconhecimento das normas jurídicas, dessa maneira, dá-se menos por convicções motivadas do que por uma aceitação sem motivo[6].

A autoridade do direito, então, firma-se não por meio da força, mas por um clima social que se institucionaliza[7]. Normas jurídicas são válidas não simplesmente porque todos as aceitam, mas porque há uma expectativa social de aceitação. Esta linha de pensamento, evidentemente, atribui um valor especial à cooperação dos subordinados na construção da autoridade do direito.

Uma vez estabelecida a situação de autoridade, quem dá a ordem espera que ela seja aceita. Assim, no caso do direito, é socialmente esperado que as normas sejam obedecidas. É claro que nem sempre a norma jurídica será acatada na prática, de modo que a expectativa de obediência se frustra. Nesse caso, a depender da reação dos subordinados, a autoridade pode ser socialmente reforçada ou enfraquecida.

No nível de cometimento, ainda segundo Ferraz Junior, a autoridade pode ser confirmada, rejeitada ou desconfirmada. No exemplo do professor, sua autoridade é confirmada quando os alunos deixam de fumar, em obediência à ordem. A mensagem será rejeitada caso os alunos fumem, mas o fazem escondido, reconhecendo a posição de mando do professor. A autoridade, por fim, será desconfirmada se os alunos seguirem fumando ostensivamente, como se nenhuma ordem houvesse sido dada, recusando o comando.

Quando uma autoridade definha a tal ponto que não mais se espera que seja obedecida, configura-se sua completa deslegitimação[8]. Quebra-se o pressuposto de aceitação, de modo que aquele sistema jurídico, como um todo, passa a ser desconsiderado como fonte de normas legítimas. Aí encontra-se o gérmen da revolução.

Dessa maneira, o sistema jurídico desenvolve mecanismos que garantem, com certo grau de confiança, as expectativas de obediência. No fundo, deve construir a ilusão do consenso, justificando sua autoridade, ou a verá enfraquecida, correndo riscos de ser subjugado.

O direito, para tal, admite a existência do descumprimento empírico da norma, mas deve construir e fortalecer a impressão de que este é irrelevante. Daí a importância da separação dogmática entre os conceitos de validade e eficácia da norma, e o entendimento modernamente generalizado de que a norma ineficaz não perde validade. Por esta separação, torna-se possível a afirmação de que a validade independe da eficácia, e que a norma habitualmente desobedecida segue sendo direito, já que seu fundamento de validade não se abalou.

Desse modo, a ciência dogmática, que recorta, reduz e simplifica, cria uma espécie de ilusão funcional, imunizando seu saber contra os fatos até poder, de certo modo, agir de maneira indiferente a eles, em uma indiferença controlada[9].

Também nessa linha é importante, no direito moderno, a confusão entre os conceitos de legitimidade e validade. Afinal, a concepção construída é de que a norma, uma vez validada pelos procedimentos específicos do direito, é automaticamente legítima, independentemente de seu conteúdo ou de qualquer aceitação social, já que esta é presumida.

[5] FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 110.
[6] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 33.
[7] LUHMANN, loc. cit.
[8] Nesse sentido, mesmo Kelsen apontou que o direito prescinde de um mínimo de eficácia. Cf. KELSEN, op. cit.
[9] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. *In:* LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

Trata-se, evidentemente, de um conceito não apenas comunicativo, mas também social de legitimidade: o sistema é considerado legítimo porque entende-se que é, em geral, considerado legítimo. E, para tanto, construiu-se todo um edifício de justificações e pequenos procedimentos que levam o sistema a se manter. Um pressuposto, nesse sentido, não de uma legitimidade baseada na força estatal, mas em uma aceitação generalizada, reforçada em procedimentos habituais e num discurso minuciosamente construído.

Isolamento de revoltados

A decisão jurídica – seja esta considerada a letra da lei ou a decisão judicial – não leva necessariamente a um consenso efetivo, a uma harmonia coletiva de opiniões sobre justiça e injustiça[10]. Trata-se na verdade de um processo de construção de obediência à decisão antes que esta tenha sido tomada, independentemente de seu conteúdo.

Niklas Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, que não se realiza[11]. O direito se legitima na medida em que o sistema jurídico, através de seus procedimentos, garante esta ilusão. Podemos conceber que o procedimento judiciário, desse modo, tem uma funcionalidade estratégica.

A legitimidade do procedimento jurídico não consiste somente no comprometimento interno das partes diretamente interessadas, mas principalmente em seu isolamento enquanto possível fonte de problemas. A legitimidade consiste na apresentação da organização social como independente da aceitação ou rejeição da decisão.

Essa indiferença em relação a percepções individuais está expressa no conceito de validade das normas[12]. Afinal, em termos de validade positivista, não há qualquer consequência jurídica da desaprovação individual de uma norma. Contudo, nenhum pensador positivista pode negar que o ordenamento deixa de ser válido quando deixa de existir um certo pressuposto generalizado de aceitação – a exemplo da eficácia mínima do ordenamento de Kelsen[13] e da norma de reconhecimento de Hart[14].

A ideia central do conceito de validade descolado do da eficácia é passar que o sistema funciona de maneira autônoma a descontentamentos e protestos, de maneira a manter o pressuposto geral de obediência a que Tércio Sampaio Ferraz Junior chama de metacomplementaridade[15].

Falamos, assim, de uma ferramenta de isolamento de revoltados, simulando-se um consenso através da fixação de um pressuposto apático de obediência[16]. Afinal, não é necessária uma efetiva concordância aos princípios de uma decisão: uma aceitação inerte é o suficiente. O que se evita, a todo custo, é o crescimento da revolta.

O fenômeno jurídico, em sua face procedimental, é dessa maneira visto como um sistema de controle de comportamentos. E a função do procedimento processual é a prevenção, absorção e isolamento de protestos[17].

Temos, portanto, que a principal função dos processos jurídicos (seja legislativo, seja o judiciário) é acalmar frustrações[18]. Por meio da institucionalização da regra do jogo, pode-se garantir, até certo ponto, a aceitação de uma decisão e reforçar o pressuposto geral de obediência. A questão não é simplesmente punir, mas

[10] LUHMANN, op. cit., p. 9.
[11] FERRAZ JUNIOR, op. cit., 1980.
[12] LUHMANN, op. cit., p. 103.
[13] Op. cit., p. 12.
[14] HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito.* São Paulo: Editora MWF Martins Fontes, 2009.
[15] Op. cit., 1980, p. 109.
[16] LUHMANN, op. cit., p. 104.
[17] LUHMANN, op. cit., p. 97-98.
[18] LUHMANN, op. cit., p.191.

construir condições para que as pessoas, sendo punidas, tolerem sê-lo; e que a população em geral aceite a punição independentemente de concordar com seu conteúdo. Constroem-se corpos dóceis[19].

Verdade e poder

A dogmática jurídica, nesse ponto, incorpora o fenômeno do poder[20]. Aqui, devemos abrir um parêntese para explicar em qual sentido entendemos "poder", para fins do presente trabalho. A centralização do poder na esfera comunicativa difere da concepção clássica de poder centrado na figura do rei, ou mesmo no Estado. Se alguns pensadores enfatizam o poder como *algo* que uma determinada elite *possuiria*, outros entendem que o poder se refere a lutas entre grupos plurais de interesse[21].

Abandonamos, portanto, a ideia de um poder unilateral, para substituí-la por uma perspectiva de poder como relação intersubjetiva. Passamos a discutir *como* se dão as relações de poder, ao invés de *o que é* o poder. Em outras palavras, perguntamos "como opera o dispositivo que gera relações de poder"[22].

Quando Luhmann escreve que o direito possui uma característica de fazer aceitar uma decisão que vai ocorrer antes que esta ocorra concretamente[23], fala de poder. O endereçado da decisão se vê na contingência de assumi-la sem contestá-la, ainda que lhe seja desfavorável.

O poder, assim, encontra-se no meio social. Na definição luhmanniana, a sociedade é demasiadamente complexa para centrar suas esperanças em uma ideia de consenso espontâneo entre os interesses, de modo que o poder se mostra necessário para lidar com contingências – o que não significa que tenha uma forma determinada de ser exercido, ou por quem[24]. Nesse sentido, o próprio Luhmann aponta que sua teoria é compatível com a perspectiva de que a legitimação é um resultado de um elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivações de obediência[25].

Temos, nesse ponto, uma ideia de poder partindo das mínimas instâncias comunicativas sociais[26]. Um poder que não se fundamenta nem em uma concepção de verdade universal, nem por si só, mas por complexos e pormenorizados mecanismos difusores de controle.

Nessa concepção, Tércio Sampaio Ferraz Jr., recorrendo aos escritos sobre disciplina de Michel Foucault, afirma que há uma dimensão de controle-disciplina no direito[27]. O poder é exercido por todo um conjunto de técnicas, de procedimentos pormenorizados relacionados à metacomplementaridade, à confirmação constante da autoridade em cada situação comunicativa.

Também o pensamento de Foucault é cabível em nossa análise do poder enquanto estratégia, e o procedimento judicial enquanto uma destas táticas. O poder não se dá, não se troca, não se toma, mas se exerce[28]. Não se resume à força: possui um caráter mais sutil e essencialmente repressivo. Falamos de um poder que tem por função "adestrar", de levar à obediência.

"É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado", escreveu Foucault[29]. A modernidade trouxe com ela diversas técnicas de manipulação detalhada dos corpos, a que o autor se refere como "disciplinas".

---

[19] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
[20] FERRAZ JUNIOR, op. cit., 1980, p. 313.
[21] AVELINO, Flor; ROTMANS, Jan. Power in transition: an interdisciplinary framework to study power in relation to structural change. *European Journal of Social Theory*, v. 12, n. 4, p. 543-569, 2009.
[22] Ibid.
[23] LUHMANN, op. cit.
[24] AVELINO; ROTMANS, op. cit.
[25] LUHMANN, op. cit., p. 30.
[26] FERRAZ JUNIOR, op. cit., 1980, p.314.
[27] Ibid.
[28] Ibid. Posição 1548.
[29] Op. cit., p. 132.

Não se trata de técnica análoga à escravidão, que se fundamenta numa relação direta de apropriação dos corpos. A disciplina moderna dispensa essa relação custosa e violenta, obtendo efeitos de utilidade igualmente profundos[30]. As disciplinas remetem a uma dominação constante, global. Definem como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, segundo as técnicas, a rapidez e a eficácia que se determina, e que tudo isso seja feito de maneira razoavelmente espontânea pelo dominado, em oposição a uma coerção direta e violenta. O objetivo é a fabricação de corpos submissos.

"Poder é a guerra continuada por outros meios"[31]. Os mecanismos de poder têm essencialmente como ponto de ancoragem uma certa relação de força, estabelecida em dado momento – que Foucault coloca como historicamente preciso – na guerra. O poder político, nessa hipótese, teria como função "reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos de uns e outros"[32].

A construção do Estado pretende sustentar potentes mecanismos para evitar que a associação entre direito e guerra pudesse vir a ser feita novamente, na forma talvez de uma provável acusação ao Estado[33]. Trata-se de arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos: conforme assinala Foucault, falamos de "dispositivos que obedecem a economias inconfessáveis, ou que procuram coerções sem grandeza"[34]. É nos detalhes que efetivamente se encontram as disciplinas.

Estes pequenos mecanismos de poder são, essencialmente, repressores. Uma análise do direito enquanto mecanismo de poder se refere, essencialmente, a uma análise dos mecanismos institucionalizados e racionalmente construídos de repressão[35].

Foucault percebeu que as grandes máquinas de poder se utilizam de instrumentos reais de afirmação e acumulação do saber, métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de inquérito, aparelhos de verificação[36]. O poder, para ser exercido, deve justificar-se por um saber que ele mesmo põe em circulação[37], produzindo, transmitindo e reproduzindo efeitos de verdade.

E a questão principal para Foucault, no que tange ao direito, é a maneira como este é utilizado pelo poder para produzir discursos de verdade que o alimentam:

> Quero dizer que, em uma sociedade como a nossa, mas no fundo em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que essas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um acumulamento do discurso. Não há possibilidade de exercício do poder sem certa economia dos discursos de verdade que funcione segundo essa dupla exigência e a partir dela.[38]

Assim, Foucault institui o triângulo poder – direito – verdade[39]. O poder fundamenta-se num discurso de verdade, de modo que todo saber assegura um exercício de poder. E a construção da ideia da "ciência do direito" não foge a esta lógica.

Segundo o filósofo francês, foi a pedido e a proveito do poder real da Idade Média que o edifício jurídico de nossa sociedade foi elaborado: o direito aparece, naquele momento, como instrumento e justificativa, a

[30] Ibid., p. 133
[31] TOSCANO, Stéfano Gonçalves Régis. *Verdade, poder e direito em Michel Foucault*: reverberações nietzcheanas e deleuzianas a partir do perspectivismo e das relações de força. 2010. Tese (doutorado em Direito) -Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. p. 82.
[32] FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 15-16.
[33] TOSCANO, op. cit., p. 151.
[34] FOUCAULT, op. cit., 2010, p. 134.
[35] Ibid., p. 15.
[36] OLIVEIRA, Maria Regina de *O desafio à autoridade da lei:* a relação existente entre poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Editora do autor, 2015. Posição 1641. (e-book).
[37] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.p. 186.
[38] Ibid., p. 279.
[39] Ibid., p. 278.

exemplo do contratualismo do Leviatã de Hobbes. E, mesmo nos séculos subsequentes, quando este edifício jurídico escapa ao controle real, a personagem central de todo o edifício jurídico ocidental permanece sendo o rei, já que o problema principal do direito permanece sendo, primordialmente, o da soberania[40].

Esse novo paradigma foi instituído dentro de uma estrutura caracterizada por relacionamentos que são legalmente delineados de acordo com o modelo das provas. O processo judicial serviu como um mecanismo para formalizar ou ritualizar os conflitos entre os grupos oponentes. Uma forma de compor as desavenças sem apelar para a violência[41]. Para tal, era necessário encontrar um mecanismo que não fosse mais o da luta entre dois adversários, para saber quem é culpado ou não. O modelo belicoso não mais poderia ser aplicado[42].

Para tal, segundo Foucault[43], foram cogitados dois modelos: um modelo intrajurídico localizável no antigo sistema feudal germânico, no qual a comunidade acusava um indivíduo e o apresentava ao soberano, levando a uma condenação, sendo que esta coletividade exigia tal condenação baseada em evidências disponíveis no momento da realização do ato criminoso. Este modelo não foi totalmente adotado, considerando a enorme dificuldade em realizar um flagrante.

Tal modelo poderia, contudo, colocar o soberano em posição frágil, posto que tal modelo era baseado na ação da coletividade. O modelo do flagrante, então, foi adaptado para ser generalizado: uma situação ocorrida no passado, sem a presença de testemunhas, poderia ser recomposta: o inquérito[44].

E, neste sistema, o personagem central é o poder político. Todos os indivíduos serão submetidos a um poder monopolizador das decisões. Casos criminais, especificamente, passam a ser do interesse direto do poder político, representado na figura do procurador do Estado-acusação, e não apenas das partes, como no caso do direito civil. Dessa forma, com o surgimento da infração, há a formalização de que o dano gerado pela ilicitude não diz respeito apenas à relação interindividual, remetendo a ofensa dos indivíduos contra o Estado, contra a própria lei e a ordem. A reparação, igualmente, não é devida simplesmente ao outro prejudicado, a vítima direta, mas também ao Estado[45].

Nesse contexto, o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder, para, em seu lugar, dar foco aos intitulados direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência. "O sistema do direito é inteiramente centrado no rei [inclusive o direito moderno, no que tange à soberania] e é, portanto, a eliminação da dominação e de suas consequências."[46]

O direito moderno é instrumento da dominação[47], é criador e criatura de concepções bastantes específicas de racionalidade e verdade da modernidade[48]. O direito é um instrumento de controle social, cujo objetivo é normalizar a vida social pela imposição das normas ditadas pelo Estado, que impõe uma sanção a quem as desobedece. Através da linguagem científica, o sistema do direito se volta a esta estratégia de fazer-se o mais aceitável possível, controlando dissidências, fazendo-se passar como representativo e não arbitrário, para que o poder a ele inerente seja moldado na forma de disciplina.

Notas conclusivas

[40] Ibid., p. 280.
[41] TOSCANO, op. cit.
[42] FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 67.
[43] Ibid., p. 68.
[44] Ibid., p. 69.
[45] Ibid., p. 67.
[46] FOUCAULT, op. cit., 2015, p. 281.
[47] TOSCANO, op. cit.
[48] Assim como Foucault, aqui entendemos por "direito", não apenas a lei em si, mas todo o conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que o aplicam.

A questão da legitimidade do direito e do poder estão intimamente interligadas. Neste artigo, buscamos destrinchar esta relação, recorrendo tanto aos escritos de Niklas Luhmann quanto a Michel Foucault, utilizando a obra de Tércio Sampaio Ferraz Junior como balizadora.

Ao menos parte da legitimidade do direito está fundada em um certo clima social de obediência que se estabelece, partindo de uma ordem emitida por uma autoridade, cuja obediência passa a ser socialmente pressuposta. Tal pressuposto social permite que a validade da norma se imponha para além de consensos reais sobre o conteúdo da norma. Trata-se, no fundo, de um processo de construção de obediência às decisões jurídicas antes que tenham sido tomadas.

A legitimidade do direito só é possível, contudo, enquanto tal ilusão do consenso se sustentar. Nenhum pensador juspositivista pode negar que o ordenamento deixa de ser válido quando deixar de existir um certo pressuposto generalizado de aceitação. No fundo, os processos jurídicos são, também, ferramentas de isolamento de revoltados.

Neste ponto, a dogmática jurídica incorpora o fenômeno do poder. O direito é uma das – várias – ferramentas da Modernidade de controle de comportamentos. Um instrumento de dominação, através da linguagem científica, segundo o tripé foucaultiano direito-verdade-poder.

Referências

AVELINO, Flor; ROTMANS, Jan. Power in transition: an interdisciplinary framework to study power in relation to structural change. *European Journal of Social Theory*, v. 12, n. 4, p. 543-569, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. *In:* LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito:* técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito.* São Paulo: Editora MWF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

OLIVEIRA, Maria Regina de. *O desafio à autoridade da lei:* a relação existente entre poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Editora do autor, 2015. (e-book).

TOSCANO, Stéfano Gonçalves Régis. *Verdade, poder e direito em Michel Foucault*: reverberações nietzcheanas e deleuzianas a partir do perspectivismo e das relações de força. 2010. Tese (doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Tributação e gênero no Brasil: questão dos métodos contraceptivos e dos absorventes

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

NATHAN MORAES
RAYANI CRISTINA PONCE
Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

IVANA MUSSI GABRIEL
Formada na Universidade Estadual Paulista (UNESP), professora de Direito Tributário do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), advogada, doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires, mestra em Direito Constitucional pela ITE/Bauru, especialista em Direito Tributário pelo IBET, autora de livros e idealizadora das cartilhas educativas do controle social dos gastos públicos.

Resumo: Na tributação dos produtos essenciais para a dignidade e para a saúde da mulher, como os métodos contraceptivos (pílulas anticoncepcionais, dispositivos intrauterinos) e os absorventes, há uma discriminação tributária na perspectiva de gênero que não leva em consideração a seletividade desses produtos nem a capacidade contributiva da mulher. É que, em comparação com os homens, há uma tributação mais pesada para as mulheres, que têm uma remuneração menor, nas mercadorias de consumo consideradas essenciais. O presente trabalho, utilizando-se da investigação empírica do direito, tem por objetivo comprovar, com números, que a tributação pode piorar, ainda mais, a desigualdade de gênero.

Palavras-chave: Tributação. Gênero. Métodos contraceptivos. Absorventes.

Abstract: In the taxation of products essential to women's dignity and health, such as contraceptive methods (contraceptive pills, intrauterine devices) and sanitary pads, there is a tax discrimination in terms of gender perspective that does not take into account the selectivity of these products nor the woman's capacity to contribute. This is because, compared to men, there is a heavier taxation for women, who have a lower salary, on consumer goods considered essential. The present work, using empirical investigation of the law, aims to prove, with numbers, that taxation can worsen gender inequality even further.

Keywords: Taxation. Gender. Contraceptive methods. Sanitary Pads.

Introdução

Já dizia Ihering[1] que "a vida do Direito é a luta", uma luta ininterrupta das mulheres pela igualdade de gênero.

Passaram-se muitos anos desde que as mulheres "saíram para trabalhar". As estatísticas, contudo, demonstram que a maioria das mulheres são responsáveis pelas tarefas de reprodução (maternidade) e de força de trabalho (cuidados, limpeza, cozinha). Os homens, comumente, não enfrentam essas tarefas e, por isso, têm dificuldade para compreender a luta das mulheres por direitos. Há uma construção histórica de desigualdade de gênero, isto é, de desigualdade de poder entre homens e mulheres, que precisa ser modificada. Decisões judiciais podem servir para registrar e oficializar essa modificação.

Por exemplo, a pensão alimentícia sempre foi uma questão discriminatória, de desigualdade de gênero, inclusive para fins tributários. É que, ao pagador da pensão alimentícia, geralmente homem, admitia-se a dedução desse gasto no Imposto de Renda Pessoa Física. Contudo, quem recebia a pensão alimentícia, geralmente mulher e com a guarda dos filhos, havia incidência tributária desse imposto, porque pensão alimentícia era considerada riqueza nova, acréscimo patrimonial.

A demora estava demais. Em julho de 2022, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5422, contrariando os interesses arrecadatórios da União, afastou a incidência do Imposto de Renda sobre pensões alimentícias recebidas, porque tal tributação afetava os interesses de pessoas

[1]IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

vulneráveis - como as mulheres, e violava a dignidade da pessoa humana. Foi uma decisão de repercussão social, que reconheceu, de forma inédita, a desigualdade de gênero, inclusive no Direito Tributário.

O presente trabalho, que fará uso de uma investigação empírica do direito, assume o propósito de comprovar, com números, que a tributação pode piorar, ainda mais, a desigualdade de gênero. É que, em comparação com os homens, há uma tributação mais pesada para as mulheres, que têm uma remuneração menor, nas mercadorias de consumo consideradas essenciais, como absorventes e métodos contraceptivos, encarecendo por demais esses produtos.

A inédita decisão do Supremo Tribunal Federal, de não incidência tributária do imposto de renda sobre pensão alimentícia, abre importante precedente para as mulheres vindicarem, perante o Estado, igualdade de gênero. É preciso, então, ficar nos calcanhares dos Poderes para que criem políticas públicas voltadas às mulheres, com redução da tributação sobre as mercadorias de consumo consideradas "essenciais". O Direito Tributário está inserido nessa investigação. Afinal, o "Direito não é uma ideia, é uma força viva".

Isonomia tributária nas questões de gênero

A Constituição Federal de 1988 garante a igualdade entre homens e mulheres. Nas lições de Teixeira[2], consolidou uma ascensão na defesa dos direitos fundamentais proclamando a igualdade, ainda que formal, em seu Preâmbulo e em seu artigo 5º, cristalizando-a como um direito fundamental do indivíduo.

> **Preâmbulo.** *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos* [...]
> **Artigo 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*:
> I - *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*;

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988, no artigo 150, inciso II, instituiu o princípio da isonomia tributária, nos seguintes termos: "*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos".*

Para Leandro Paulsen[3], esse artigo/princípio deve ser considerado em toda sua complexidade, uma vez que veda a diferenciação arbitrária, mas também impõe que as diferenciações, ainda quando fundadas, devem guardar razoabilidade e proporcionalidade, justificando-se tanto a sua existência quanto a sua medida.

O princípio da isonomia tributária, inclusive, é limite ao poder de tributar na medida em que veda a discriminação arbitrária entre contribuintes que estejam em situação equivalente. E, inclusive, constitui cláusula pétrea, prevista no artigo 60, parágrafo 4°, inciso IV, não podendo haver proposta de emenda constitucional tendente a suprimir "direito e garantia individual" do contribuinte.

[2]TEIXEIRA, Edileusa Kõhler. *Os princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva frente à progressividade do imposto sobre a renda da pessoa física.* 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 27.
[3]PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 141.

O descumprimento da isonomia tributária implica violação da dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso[4], "a dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico".

Para Alexandre de Moraes:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.[5]

Não é demasiado afirmar que a dignidade não é um direito subjetivo e nem um direito fundamental, mas um princípio axial, um padrão de interpretação sistemática das normas definidoras de direitos fundamentais, pois, sob uma perspectiva formal, no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana não se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas no artigo 1º da Constituição Federal de 88, sendo, assim, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Pontes de Miranda[6] afirma que "o reconhecimento da dignidade da pessoa humana se operou por lentas e dolorosas conquistas na história, sendo resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos". Para o autor, evidentemente que

> [,,,] erraria quem pensasse que se chegou perto da completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos; e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. A essa caminhada corresponde a aparição de direitos essenciais à personalidade ou à sua expansão plena, ou à subjetivação e precisão de direitos já existentes.[7]

A igualdade é, então, utilizada como principal ferramenta para suprimir as desigualdades, pois para alcançar a igualdade é necessário igualar os indivíduos na medida de sua desigualdade, ou melhor, igualá-los com base na sua desproporcionalidade de condições e direitos.

Não é possível conferir o mesmo tipo de assistência para todos, uma vez que determinados indivíduos precisam de mais assistência que outros e, em alguns casos, essa assistência deve ser específica e adequada conforme cada caso. É nesse sentido que se invoca a máxima aristotélica: "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade".

Observa-se, portanto, uma igualdade relativa, e não absoluta, na medida em que a igualdade autoriza discriminar para igualar, ou seja, autoriza, na expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[8] "distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação". Nesse sentido leciona Maren Taborda:

> A igualdade assim consagrada ultrapassa a mera aplicação isonômica do princípio para determinar que o conteúdo da lei, conferindo direitos e obrigações, apanhe semelhantemente homens e mulheres. Destarte, a concepção doutrinária de ser o legislador também destinatário do princípio da igualdade recebeu acolhimento constitucional. E mais: a Constituição esclarece em que consiste o igual tratamento, bem como dá os seus limites, isto é, caracteriza as discriminações que são constitucionalmente toleradas e as que não o são.[9]

---

[4]BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo:* natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. p. 37.

[5]MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p.48.

[6] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963. v. 4. p. 238.

[7] Loc. cit.

[8] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1260.

[9] TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998. p. 264.

Sendo assim, significa dizer que a regra da isonomia não consiste em tratar fatos, pessoas ou situações igualmente, mas, em estabelecer critérios capazes de alcançar as diferenças existentes entre estes mesmos fatos, pessoas ou situações.

Vale destacar a diferença entre igualdade e isonomia que, no dicionário, igualdade é compreendida como "correspondência perfeita entre as partes de um todo" e isonomia "igualdade política e perante a lei". A palavra isonomia pressupõe, então, um contexto fático, no qual essa igualdade é prevista em um ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, isonomia está prevista dentro de um sistema jurídico preocupado e, em tese, comprometido com a garantia dos direitos fundamentais, de forma que a aplicação das normas pertencentes a esse ordenamento deve se coadunar com os princípios e objetivos por ele estabelecidos.

O direito à igualdade está inscrito na Constituição Federal no *caput* do artigo 5º, além do mais, o princípio é particularizado, no que diz respeito à arrecadação de tributos, pelo artigo 150, inciso II, ao vedar o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Eles representam, na expressão de Regina Helena Costa[10], diretrizes positivas ao legislador e ao administrador tributário, capazes de guiá-los na busca da tributação justa.

Entende-se por sistema tributário nacional, o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a atividade tributante. E sendo assim, as bases do sistema tributário nacional devem ser compostas por parâmetros que tornem efetivos os direitos fundamentais, e principalmente para o presente estudo, o direito à igualdade entre homens e mulheres preceituado no artigo 5º, inciso I da *Carta Magna.*

Entretanto, ainda persiste a proclamação do direito de igualdade em tom retórico, sem a criação de mecanismos efetivos para proteção dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Regina Helena Costa:

> Consideramos importante remarcar que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos.[11]

Embora a Constituição Federal de 88 assegure a igualdade entre homens e mulheres, as mulheres não são tratadas como iguais aos homens, numa disparidade de gênero. Pode-se perceber a presença da desigualdade de gênero no sistema tributário brasileiro por meio da análise de uma maior incidência de tributos nos bens de consumo e serviços destinados às mulheres.

Na relação entre a política fiscal e o combate à desigualdade de gênero, há injustiça fiscal na tributação excessiva desse tipo de produto, como absorventes e métodos contraceptivos. Os bens e serviços destinados ao público feminino são notoriamente mais caros do que os mesmos bens e serviços destinados ao público masculino e, a despeito da isonomia, não há qualquer política fiscal tendente a abolir essa desigualdade. E, num contexto ainda pior, os produtos essenciais de higiene básica (absorvente e tampões higiênicos) destinados ao público feminino – sem produto correspondente ao público masculino – não são objetos de isenção tributária.

Mesmo que não haja produto correspondente destinado ao público masculino, a essencialidade desses produtos é menosprezada pelas políticas fiscais. Essa isenção tributária não deve ser vista como um benefício, mas como um mecanismo de garantia de direitos fundamentais e perpetuação dos direitos humanos, um dos

[10]COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário:* Constituição e Código Tributário Nacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.63.
[11]Op. cit., p.34.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos dos artigos 3º e 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Deste modo, a arrecadação de tributos deverá constituir uma das ações positivas do Estado para persecução e concretização dos direitos fundamentais, ainda, nas palavras de Anna Lucia Malerbi de Castro[12], a atividade estatal tem que ir além da tributação propriamente dita; na perspectiva arrecadatória, tem que buscar o respeito e observância dos direitos públicos subjetivos dos contribuintes.

Sob um prisma contemporâneo, a tributação deverá se adequar progressivamente à proteção dos direitos fundamentais, sobretudo para a isonomia entre homens e mulheres no que tange à tributação a que estão submetidos, exercendo um papel fundamental para erradicar ou ao menos reduzir a diferença de tributação sobre bens e serviços para os homens e mulheres.

A tributação excessiva de um produto essencial voltado somente ao público feminino, como, por exemplo, o absorvente, bem como a tributação majorada de bens e serviços destinados ao público feminino em comparação àqueles destinados ao público masculino afasta-se inteiramente das intenções do constituinte originário, maculando o princípio da isonomia tributária.

Consoante, as lições de Alessandro Mendes Cardoso:

> [...] o Estado Social altera a estrutura e o fundamento da tributação, que se vincula aos seus objetivos, notadamente, de combate às desigualdades sociais e de melhoria da distribuição da renda entre os cidadãos. A partir de então, desenvolve-se uma tributação fortemente centrada na capacidade contributiva, que privilegia os tributos progressivos (principalmente sobre a renda e as heranças) e que se orienta, sempre que possível e necessário, mediante considerações extrafiscais. Tem-se, portanto, uma dupla justificação para a tributação: a tradicional, de sustentar o aparato estatal; e a novel, de influir diretamente na estrutura social, contribuindo para a efetivação da equidade entre os cidadãos.[13]

A função do tributo está no custeio das despesas coletivas, sendo arrecadado pelo Estado para financiar a despesa pública, pois a prestação de serviços públicos e a manutenção do patrimônio coletivo implicam em elevados gastos.

Entretanto, não deve só fornecer recursos financeiros ao Estado a fim de possibilitar a consecução das atividades de interesse público, mas também atuar efetivamente na redução das desigualdades sociais, um dos objetivos traçados pelo legislador constituinte no supramencionado artigo 3º da Constituição Federal de 88. Os tributos são parte relevante nesse desiderato.

Incidência tributária sobre métodos contraceptivos

Quando o assunto é tributação dos produtos consumidos pela sociedade brasileira, inquestionável é a diferença nos perfis de consumo entre homens e mulheres, que são elevados pelas construções sociais imperceptíveis a olhos desatentos. Essa diferença se reflete na tributação dos produtos essencialmente femininos, pois a carga tributária para eles é exagerada se comparada a dos produtos da mesma alçada utilizados pelo gênero masculino.

Por exemplo, os produtos relacionados à contracepção, como os preservativos, as pílulas anticoncepcionais e os dispositivos intrauterinos (DIU) são itens essenciais para fazer valer os direitos sexuais e reprodutivos. Contudo, a tributação sobre as pílulas anticoncepcionais e o dispositivo intrauterino (DIU) é alta, o que encarece o produto, em especial, os consumidos por mulheres.

[12]CASTRO, Anna Lucia Malerbi de. *O princípio da pessoa humana e a norma jurídica tributária*. São Paulo: Noeses, 2019. p.173.
[13]CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.191.

A Tabela 1 a seguir demonstra a incidência de tributos indiretos, com destaque para ICMS no Estado de São Paulo, dos métodos contraceptivos masculinos e femininos, a saber:

Tabela 1 – Incidência de tributos indiretos sobre métodos contraceptivos

Produto	NCM	Descrição do item na TIPI	IPI	PIS/Cofins	ICMS	Total
Preservativos	4014.10.00	Preservativos	0%	9,25	7%	16,25%
Pílulas Anticoncepcionais e DIU hormonal	3006.60.00	Preparações químicas contraceptivas à base de hormônios, de outros produtos da posição 29.37 ou de espermicidas	0%	12%	68,54%	82,54%
DIU de cobre	9018.90.99	Outros instrumentos e aparelhos - Outros	5,2%	9,25%	68,54%	82,99%
Viagra (citrato de sildenafila)	29.35.90.19	Sulfonamidas - Outras	0%	0%	33,11%	33,11%

Alíquota de PIS/Cofins referente ao regime não cumulativo.
Alíquota de ICMS referente à alíquota interna para o Estado de São Paulo.
Fonte: elaborada pelos autores com base na tese de Luiza Machado de Oliveira Menezes[14].

Em relação aos preservativos, as chamadas "camisinhas", que é considerado o único método preventivo relacionado a doenças sexualmente transmissíveis, são distribuídas gratuitamente pelo SUS, nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), em sua forma genérica, sendo amplamente acessada pela população. Com relação aos métodos contraceptivos femininos, o SUS oferta apenas um tipo de pílula anticoncepcional - a que contém os hormônios combinados Etinilestradiol 0,03 mg + levonorgestrel 0,15 mg[15], após realizada consulta médica pela UBS[16].

Importante ressaltar que há diferentes tipos de pílulas anticoncepcionais porque pode haver contraindicações para algumas mulheres no uso de medicamentos com hormônios específicos, portanto, a pílula fornecida pelo SUS pode não ser indicada para todas as mulheres.

A maioria da população não tem conhecimento e não é informada da opção de escolher outros métodos, como o DIU de cobre, além disso, apesar da previsão de diversos métodos contraceptivos pelo SUS estabelecido pela Lei 9.263/96[17], a distribuição realizada pelo governo se torna desigual e precária em diversas capitais do país, inviabilizando, assim, o acesso gratuito estabelecido.

No Estado de São Paulo, por exemplo, os preservativos masculinos que são comercializados, normalmente pelas farmácias, contam com tributação total de 16,5%, um valor praticamente ínfimo se comparado com a tributação dos contraceptivos femininos da NCM 3006.60.00, que incluem as pílulas anticoncepcionais e os dispositivos intrauterinos hormonais (DIU de progesterona), que não é ofertado pelo SUS, contam com uma tributação total de 82,54%, ainda temos o DIU de cobre (NCM 9018.90.99) que recebe uma tributação total de 82,99%.

[14]MENEZES, Luiza Machado de Oliveira. *Tributação e Desigualdade de gênero e raça:* vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina. 2023. 135f. Tese (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. p.114.
[15] Disponível em: https:/.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/programa-de-fortalecimento-da-gestao-da-saude-no-estado-de-sao-paulo/consultas-publicas-manuais-da-linha-de-cuidado-da-gestante-parturiente-e-puerpera/7_metodos_contraceptivos.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.
[16] Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/08/24/como-ter-acesso-a-metodos-anticoncepcionais-pelo-sus-ou-pelo-plano-de-saude.htm. Acesso em: 10 mar. 2024.
[17] Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

É indubitável a importância da distribuição gratuita, bem como a baixa tributação dos preservativos, tornando-os mais acessíveis à população, tendo em vista que este é único método que previne Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs). No entanto, quando o assunto é contracepção, os métodos desenvolvidos para uso particular das mulheres são mais eficazes do que o método desenvolvido para uso masculino.

Segundo o *Center for Disease Control and Prevention* (CDC)[18], a taxa de eficácia dos dispositivos intrauterinos é a maior de todas, sendo, no mínimo, 10 vezes maior que a dos preservativos. A taxa de falha do DIU hormonal é de 0,1% a 0,4% e do DIU de cobre de 0,8%, enquanto que a da camisinha masculina é de 13% e a camisinha feminina, de 21%. Já no caso das pílulas anticoncepcionais, a taxa de falha fica em 7%.

Importante destacar que o citrato de sildenafila, popularmente conhecido pela marca Viagra, que é outro produto consumido unicamente por homens, para tratar disfunção erétil, não tendo nenhuma relação com prevenção de doenças ou contracepção, conta com a isenção de PIS/Cofins, além da isenção de IPI, chegando a uma tributação total de 33,11%, valor muito inferior a tributação dos produtos consumidos exclusivamente por mulheres, como forma de contracepção, permitindo a elas um planejamento familiar e autonomia reprodutiva.

No Brasil, um dos princípios que rege o direito tributário é o princípio da seletividade tributária. Essa técnica é descrita por Leandro Paulsen[19], como "previsão de alíquotas conforme a natureza ou finalidade dos bens, produtos ou mercadorias". Essa é, pois, uma maneira de selecionar os produtos de acordo com a sua essencialidade e, assim, estes recebem uma carga tributária maior ou menor.

Nesse sentido, Eduardo Muniz Machado Cavalcanti descreve que:

> [...] a seletividade tem a função de gravar de forma diferenciada os produtos considerados essenciais, distinguindo-os dos supérfluos. De um lado, protegendo o que é necessário e indispensável e permitindo, por outro viés, dar tratamento específico a certos bens e serviços, especialmente pelo potencial de gerar externalidades negativas ou positivas, na manifestação concreta da extrafiscalidade, cujas diretrizes dizem respeito à incidência do tributo com o claro objetivo de interferir na economia e no consumo, assegurando, estimulando ou retraindo produtos, setores econômicos ou regiões.[20]

A exemplo disso, importante citar a cesta básica, que é composta por diversos produtos essenciais para a subsistência da população, em que as alíquotas do ICMS podem ser baixíssimas, em contrapartida, a própria seletividade também pode ser usada com função extrafiscal em produtos como o cigarro, que além de não essencial, é prejudicial à saúde, portanto, a alíquota ultrapassa 300%[21].

Os métodos contraceptivos, principalmente a pílula anticoncepcional, foi um marco importante para a história da emancipação sexual feminina, pois, com a sua criação em 1960 foi possível a garantia de uma maior autonomia sexual, ocasionando uma maior eficácia no controle de natalidade, o que possibilitou a inserção feminina nas universidades e, principalmente, no mercado de trabalho.

Além disso, a pílula anticoncepcional não só proporcionou a inserção da mulher no mercado de trabalho como possibilitou a conquista pela liberdade social e financeira. Com a consolidação da mulher no mercado de trabalho, a viabilidade do planejamento familiar e de maior autonomia reprodutiva, tudo trouxe segurança ao gênero feminino a se desprender do matrimônio mantido apenas para fins patrimoniais. Dessa forma, com a revolução sexual, as mulheres começam a contribuir e, muitas vezes, assumir o sustento da família.

Todavia, não se pode olvidar que nem todas as mulheres na sociedade desfrutam dessa autonomia reprodutiva. Isso porque, em muitas regiões do país, especialmente entre a camada mais pobre da população, o

[18] Disponível em: https://www.cdc.gov/reproductivehealth/contraception/. Acesso em: 10 mar.2024.
[19] Op. cit., p. 165.
[20] CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Direito Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 90.
[21] Disponível em: https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/gestor-e-profissional-de-saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/politica-nacional/precos-e-impostos#:~:text=A%20regra%20geral%20de%20tributa%C3%A7%C3%A3o,sobre%20o%20pre%C3%A7o%20de%20venda. Acesso em: 26 mar. 2024.

acesso a métodos contraceptivos - os oferecidos gratuitamente, é extremamente limitado, tornando-se praticamente privilégio para poucas mulheres. A escassez de serviços de saúde e a falta de informação contribuem para essa realidade.

A falta de recursos básicos oferecidos à população e o alto custo dos produtos no mercado farmacêutico, devido à tributação excessiva, limitam a prevenção de infecções sexualmente transmissíveis e aumentam, principalmente, o índice de gravidezes indesejadas. Diante disso, são duras as consequências para as mulheres, como gravidez na adolescência, dependência financeira, baixa escolaridade, dificuldade de inserção ou reinserção no mercado de trabalho, dentre muitas outras advindas do preconceito enraizado na sociedade acerca da obrigação principal da mulher no cuidado e na educação dos filhos.

De acordo com os dados do IBGE[22], as maiores taxas de gravidez na adolescência ocorrem entre jovens de 10 a 19 anos que vivem em condição de pobreza e com baixo nível de escolaridade. Além disso, as regiões com mais índices de gravidez na adolescência são nas regiões com menos recursos socioeconômicos, na região norte, por exemplo, 85,1% das mulheres grávidas têm idade entre 15 e 19 anos, na região sudeste, 45,4%. De acordo com a Associação de Ginecologia e Obstetrícia do Maranhão[23], por dia 1.043 adolescentes se tornam mães no Brasil e por hora 44 bebês nascem de mães adolescentes, sendo que dessas 44, ao menos duas têm idade entre 10 e 14 anos.

Em razão do princípio da seletividade, da importância dos contraceptivos para a saúde da mulher, impossível compreender que a tributação dos métodos contraceptivos no Brasil se submete a uma carga tributária maior do que o citrato de sildenafila, citado anteriormente, que não diz respeito a tratamento de doenças graves ou produto de consumo essencial para a população.

Deste modo, apesar de previsto na Constituição Federal de 1988, entende-se que a aplicabilidade do princípio da seletividade é subjetiva e parcial. O legislado deve sempre levar em consideração os valores constitucionais da liberdade, segurança, bem-estar social, desenvolvimento, igualdade, justiça, devendo priorizar, como ensina Canazaro:

> [...] as mercadorias e serviços destinados à proteção e à manutenção da dignidade humana, à erradicação da pobreza e da marginalização, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e à defesa do meio ambiente.[24]

No entanto, quando analisado o emprego dessa técnica sob a luz dos valores constitucionais, principalmente em relação a tributação de métodos contraceptivos consumidos unicamente por mulheres, é notório que as alíquotas excessivas de alguns produtos essencialmente femininos são contrárias aos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 88. São diferenças estatísticas gritantes que revelam desigualdade de tratamento em relação às necessidades sociais dos homens e das mulheres.

Interessante notar que a sociedade, a todo momento, expõe opiniões sobre o tratamento que as mães devem dar aos seus filhos, sobre como as mães devem amá-los, protegê-los e escolher o caminho da maternidade. Nessas opiniões, contudo, não se leva em consideração o encarecimento dos produtos femininos essenciais, que se dá em razão da carga tributária que os acompanham, principalmente em relação aos métodos contraceptivos, ocasionando diversas dificuldades no acesso desses produtos e, por consequência, impedindo as mulheres de

[22]Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.
[23]Disponível em: https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/por-hora-nascem-44-bebes-de-maes-adolescentes-no-brasil-segundo-dados-do-sus. Acesso em: 11 mar. 2024.
[24]CANAZARO, Fábio. *A essencialidade tributária:* norma de promoção da igualdade nos impostos sobre o consumo. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p.19.

alcançar os seus direitos previstos pela Constituição Federal de 1988, que foram conquistados por meio de muita luta.

A isenção ou a redução da tributação dos métodos contraceptivos é importante para solucionar problemas sociais. Assegurar direitos sexuais e reprodutivos às mulheres significa garantir a possibilidade de terem um planejamento de seu futuro e de suas famílias. Essa reflexão deve inquietar a população porque, com a população inquieta, nasce uma questão pública, que é dever do Estado solucionar.

Tributação dos absorventes

Reforçando as questões de gênero já apresentadas na tributação que recai sobre os absorventes menstruais, tampões, absorventes para seios, bem como coletores menstruais, notável é o impacto trazido às consumidoras, que, majoritariamente, são mulheres.

A tributação e as questões de gênero andam de mãos dadas, uma vez que no Brasil, como Estado Fiscal, não há manutenção da máquina estatal sem a arrecadação de tributos do particular, portanto, é necessário manter olhares atentos para evitar não somente o enriquecimento ilícito por parte do Estado, como o abuso da tributação a ser sofrido pelos contribuintes.

Por Estado Fiscal, deve-se compreender, nos ensinamentos de Schoueri[25], a existência de um Estado que está diretamente ligada na busca de recursos financeiros para a sua manutenção, isso porque ele não se sustenta por si só, dependendo da arrecadação de tributos. Devido a este fato, alta é a arrecadação tributária, que, muitas vezes, prejudica os contribuintes em face dos elevados índices incidentes nas mercadorias, serviços, renda, e tudo aquilo que pode o tributo atingir.

Trazer a indignação por si só não bastaria, é importante entender a causa: para que, quem, e quando se tributa.

É inerente à mulher a sua menstruação, não há como desvincular o fornecimento de absorventes da manutenção da dignidade e saúde feminina, ligados pela condição biológica de "ser mulher". É clara a compreensão acerca do descaso quanto aos assuntos de interesse delas, por isso cabe um olhar crítico e atento: não se trata apenas das questões de gênero, aqui se pauta a essencialidade da saúde pública de toda classe das mulheres do Brasil.

Para ilustrar, pertinente é a Tabela 2 que traz um comparativo, entre os absorventes convencionais e coletor menstrual - que ecologicamente é mais viável - e os tributos indiretos incidentes sobre estes.

Tabela 2 - Incidência de tributos indiretos sobre absorventes convencionais e coletor menstrual

Produto	NCM	Descrição do item na TIPI	IPI	PIS/Cofins	ICMS	Total
Absorventes menstruais e tampões; absorventes para seios; fraldas infantis	9619.00.00	Absorventes (pensos) e tampões higiênicos, cueiros, fraldas e artigos higiênicos semelhantes, de qualquer matéria	0%	9,25%	0%	9,25%
Coletores menstruais	3924.90.00	Plásticos e suas obras – Serviços de mesa, artigos de cozinha, outros artigos de uso doméstico e artigos de higiene ou de toucador, de plástico. – Outros.	6,5%	9,25%	0%	15,75%

Alíquota de PIS/Cofins referente ao regime não cumulativo.
Alíquota de ICMS referente à alíquota interna para o Estado de São Paulo.
Fonte: elaborada pelos autores com base na tese de Luiza Machado de Oliveira Menezes[26].

[25]SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.17.
[26]Op. cit., p. 113.

Apesar de contarem com IPI em alíquota zero, os absorventes convencionais são impactados pela alta do ICMS, imposto de competência tributária dos Estados. Nas unidades federativas brasileiras, a alíquota de ICMS dos absorventes varia entre 18% e 25%, o que implica diretamente no preço final. Todos os produtos elencados deveriam estar abarcados por políticas públicas tributárias que viabilizassem o acesso das consumidoras, uma vez que seu uso é indispensável.

Para agravar, o elevado percentual tributário de 15,75% recai sobre coletor menstrual, sendo uma espécie de copo pequeno produzido por silicone, são reutilizáveis e não utilizam embalagens ou resíduos plásticos, com duração a base de 3 anos, são menos gravosos ao meio ambiente, e, como ato contrário, recebem menos incentivos fiscais.

Pensando na temática, no ano de 2019 foi elaborado o Projeto de Lei nº 4.968/2019, posteriormente transformado na Lei Ordinária nº 14214/2021, a fim de combater a precariedade menstrual - identificada como a falta de acesso ou a falta de recursos que possibilitem a aquisição de produtos de higiene e outros recursos necessários ao período da menstruação feminina, - instituiu o Programa de Fornecimento de Absorventes Higiênicos nas escolas públicas que ofertam nos anos finais do ensino fundamental e ensino médio.

Conforme o artigo 3º do referido diploma legal - Lei nº 14214/2021 - são beneficiárias do Programa as estudantes de baixa renda matriculadas em escolas da rede pública de ensino; mulheres em situação de rua ou em situação de vulnerabilidade social extrema; mulheres apreendidas e presidiárias, recolhidas em unidades do sistema penal e mulheres internadas em unidades para cumprimento de medida socioeducativa.

A Lei nº 14214/2021 traz, ainda, a obrigatoriedade de constar como item essencial o absorvente higiênico feminino em todas as cestas básicas entregues no âmbito do Sisan - Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

Tal iniciativa mostra-se imprescindível para efetivar o acesso das adolescentes, mas não é capaz de satisfazer a necessidade de todas as mulheres brasileiras que sofrem com o acesso a este produto, de valor tão elevado se comparado a demais itens presentes na cesta básica.

Cabe destacar que o meio social em que a mulher está inserida não reconhece o processo da menstruação como algo natural, humano e bem visto, assim como demais fatores atrelados à fisiologia feminina, o olhar é de estranheza e, apesar de toda evolução da sociedade - tão aclamada por diversas autoridades, o tabu permanece. A respeito da menstruação, em sua pesquisa, Maria Carolina Carvalho Motta coloca:

> Essa refere-se ao fato da menstruação estar intrinsecamente relacionada à dignidade humana, pois quando as pessoas não podem acessar instalações de banho seguros e meios seguros e eficazes de administrar sua higiene menstrual, elas não são capazes de administrar sua menstruação com dignidade. As provocações, a exclusão e a vergonha relacionadas à menstruação também comprometem o princípio da dignidade humana. Assim, a dignidade menstrual tem por meta remover qualquer ameaça a uma vivência de menstruação como fenômeno natural e saudável.[27]

Diante do descrito, percebe-se que o fornecimento do absorvente feminino é uma medida remedial e não trata a fundo a causa da problemática aqui trazida, este item, básico às condições mínimas de higiene feminina, sequer deveria sofrer com a tributação. Apesar de viabilizar o acesso a algumas, outras ainda sofrem com o elevado custo. Além disso, a pobreza menstrual ainda se sustenta em uma sociedade na qual grande parte das mulheres sequer tem acesso a instalações de banho seguras, dentre outros meios seguros para possibilitar sua higiene menstrual.

[27]MOTTA, Maria Carolina Carvalho; DA ROCHA BRITO, Mariana Alves Peixoto. Pobreza menstrual e a tributação dos absorventes. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 24, n. 1, p. 33-54, 2022. p. 33.

Sobre os incentivos fiscais para reduzir o valor dos absorventes a ser pago pelo consumidor final, o tema sequer foi abordado na Reforma Tributária. Posto isso, não inova o Estado brasileiro quanto à criação de políticas públicas para diminuir os impactos causados às mulheres pela tributação brasileira.

Conforme Relatório "A Pobreza Menstrual Vivenciada Pelas Meninas Brasileiras"[28] publicado em 2021 pelo Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), mais de 4 milhões de meninas - cerca de 38,1% do total das estudantes - frequentam escolas com a privação de pelo menos um desses requisitos mínimos de higiene: banheiros em condições de uso, com a presença de pias ou lavatórios, papel higiênico e sabão. Ainda mais alarmante é o fato de que desprovidas estão, da totalidade desses itens, quase 200 mil alunas, nas escolas em que estudam.

A garantia ao acesso dessas mulheres jovens ao absorvente higiênico se demonstra pautada na primazia em garantir a dignidade humana, como parte do que se, de fato, precisa para viver. Não há como cegar-se diante da falta do acesso às condições mínimas de higiene básica, ainda mais por se tratar de um item que já foi reconhecido - inclusive mediante dispositivo legal - integrante da cesta básica. Possibilitar a compra do absorvente higiênico feminino não deve ser visto como garantia de qualquer tipo de luxo.

Na pesquisa realizada por Giovana Olivato Rodrigues acerca dos gastos despendidos por mulheres, em sua vida, com o ciclo menstrual, a tributação incidente sobre absorventes é um ônus que será arcado pelas mulheres, em média, dos 12 aos 51 anos de vida:

> Considerando valores médios de um ciclo menstrual de vinte e oito dias, com uma duração de cinco dias e com o uso de quatro absorventes por dia, o total de tributos que cada cidadã paga durante a vida pode variar de R$852 a R$4849, a depender do preço e modelo do produto.[29]

Não há, em qualquer tempo, a preocupação com essa parcela da população - a feminina. Aquilo que diz respeito ao interesse delas não é tratado como prioridade, por vezes, sequer se torna pauta aquilo que é, de forma clara, inseparável, a garantia da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, valorada na Constituição Federal de 1988, não deve se restringir aos direitos atrelados ao homem, deste modo, a pauta da tributação dos absorventes deveria ter estima e ser levada em conta nos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, com a criação de políticas públicas nesse sentido.

Conclusão

No Brasil, desde a Constituição do Império, como explica Sampaio Dória[30], a igualdade perante a lei foi e é uma das mais poderosas "ideias-forças" que tem seduzido o espírito humano e despertado a consciência dos povos na conquista de seus direitos fundamentais. A luta das mulheres, contudo, em diversas questões de gênero, parece caminhar sem sair do lugar.

Na tributação dos produtos essenciais para saúde da mulher, como métodos contraceptivos de uso predominantemente feminino, absorventes menstruais, tampões, absorventes para seios, bem como coletores menstruais, há uma discriminação tributária na perspectiva de gênero, ou seja, uma tributação desigual e injusta, que visa, preponderantemente, incrementar receitas da contribuinte mulher, sem levar em consideração a seletividade desses produtos e a capacidade contributiva da parte mais vulnerável - a mulher.

[28]UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância; UNFPA, Fundo de População das Nações Unidas. *Pobreza Menstrual:* desigualdade e violações de direitos. 2021. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pobreza_menstrual_no_brasil.pdf. Acesso em: 20 de mar. 2024.
[29]RODRIGUES, Giovana Olivato. *Quanto custa menstruar:* um estudo sobre os direitos fundamentais das mulheres a partir da análise da tributação de absorventes higiênicos no Brasil. 2021. p.29.
[30]DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "due processo f Law".* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.134.

Os produtos relacionados à contracepção - pílulas anticoncepcionais e os dispositivos intrauterinos, itens essenciais para fazer valer os direitos sexuais e reprodutivos do público feminino, são mais caros do que os destinados ao público masculino, como a camisinha. Por outro lado, produtos relacionados à higiene básica das mulheres - absorventes e tampões higiênicos -, sem correspondente ao público masculino, sequer são objeto de isenções tributárias.

Do ponto de vista jurídico, não há como desvincular o fornecimento de métodos contraceptivos e de absorventes da manutenção da dignidade humana e da saúde feminina porque ligados pela condição biológica de "ser mulher". É mais do que uma questão de gênero. É questão de saúde pública de toda classe das mulheres do Brasil.

Embora a Constituição Federal de 88, nos artigos 5º, inciso I e 150, inciso II, assegure a igualdade entre homens e mulheres, há, ainda, um tratamento desigual aos que se encontram, constitucionalmente, em situação de igualdade, o que não deve prosperar. Quando a tributação recai sobre o exercício de direitos fundamentais que a Constituição considera invioláveis, cláusula pétrea, como o princípio da isonomia tributária, essa tributação deve sofrer limites.

É importante, então, que sejam criadas políticas públicas voltadas às mulheres, com redução da tributação sobre as mercadorias de consumo consideradas, para elas, essenciais. Enquanto os direitos sexuais e reprodutivos femininos estiverem sujeitos às ameaças da injustiça e isso, como profetiza Ihering [31], "perdurará enquanto o mundo for mundo", as mulheres não poderão prescindir da luta. Então, lutemos!

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

CANAZARO, Fábio. *A essencialidade tributária:* norma de promoção da igualdade nos impostos sobre o consumo. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASTRO, Anna Lucia Malerbi de. *O princípio da pessoa humana e a norma jurídica tributária*. São Paulo: Noeses, 2019.

CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Direito Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2023.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário:* Constituição e Código Tributário Nacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e "due processo f Law".* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

MENEZES, Luiza Machado de Oliveira. *Tributação e Desigualdade de gênero e raça:* vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina. 2023. 135f. Tese (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963. v. 4.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTTA, Maria Carolina Carvalho; DA ROCHA BRITO, Mariana Alves Peixoto. Pobreza menstrual e a tributação dos absorventes. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 24, n. 1, p. 33-54, 2022.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RODRIGUES, Giovana Olivato. *Quanto custa menstruar:* um estudo sobre os direitos fundamentais das mulheres a partir da análise da tributação de absorventes higiênicos no Brasil. 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, v. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998.

[31]Op. cit.

TEIXEIRA, Edileusa Kõhler. *Os princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva frente à progressividade do imposto sobre a renda da pessoa física.* 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância; UNFPA, Fundo de População das Nações Unidas. *Pobreza Menstrual:* desigualdade e violações de direitos. 2021. Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/pobreza_menstrual_no_brasil.pdf. Acesso em: 20 de mar. 2024.

Obras consultadas

BARRETO, Beatriz Bastos Motta *et al*. *Conhecimento de mulheres em relação aos métodos contraceptivos e ao seu acesso na rede pública*. 2021. Disponível em: https://repositorio.cruzeirodosul.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2838/1/Beatriz%20Bastos%20Motta%20Barreto.pdf. Acesso em: 9 mar. 2024.

FERREIRA, Lola. *Capitais brasileiras falham na distribuição de métodos contraceptivos nas unidades de atenção básica de saúde.* Observatórios da Sociedade Civil, [S.I.], 17 out. 2019. Disponível em: https://observatoriosc.org.br/noticia/capitais-brasileiras-falham-na-distribuicao-de-metodoscontraceptivos-nas-unidades-de-atencao-basica-de-saude/. Acesso em: 11 mar. 2024.

PEDRO, Joana. Entre a ameaça da "Bomba Populacional" e a emancipação do corpo das mulheres*:* o debate sobre a contracepção no Brasil e na França (1960-1970). *Corpo & Cultura*, v. 25, jul./dez. 2002. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/10591. Acesso em: 11 mar. 2024.

SALMERON, Sintia; MELO, Omar Augusto Leite. Direito das Mulheres à Igualdade Tributária: Pink Tax. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia OAB SP*, São Paulo, n. 34, 2020.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyego Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. *Estudos Avançados*, v. 30, n. 87, p. 123–139, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123. Acesso em: 11 mar. 2024.

Alimentos compensatórios: possibilidade de equilíbrio patrimonial a mulher dedicada à prestação de cuidados domésticos não remunerados

CAMILA LEMOS PUYDINGER
Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera.

LARA SOUZA DOTI
Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduada em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD).

YURI MARTINS
Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduado em Direito Penal Aplicado pela Universidade São Judas Tadeu – Escola Brasileira de Direito (EBRADI).

CAIO NUNES BRIZZOTTI
RAYANI CRISTINA PONCE
Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MÁRCIA MARIA MENIN
Mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professora de Direito Civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Resumo
O presente trabalho tem por objetivo apresentar a temática referente aos alimentos compensatórios e sua importância no sistema jurídico de um país eminentemente patriarcal em que às mulheres ainda são reservados os espaços privados do cuidado doméstico não remunerado. Para tanto, a revisão bibliográfica foi a metodologia utilizada onde se destaca a apresentação do estudo dos principais civilistas quantos aos alimentos compensatórios. A despeito de sua ausência no ordenamento jurídico, verificou-se a relevância da compensação econômica como forma de indenizar a mulher que ficou adstrita aos cuidados dos filhos e menores e do lar e, como consequência também se manteve afastada do mercado de trabalho fato que, diversas vezes, pode contribuir, por outro lado, para ascensão profissional de seu marido.

Palavras-chave: Alimentos compensatórios. Desequilíbrio patrimonial. Compensação patrimonial. Trabalho não remunerado.

Abstract

The aim of this paper is to present the issue of compensatory maintenance and its importance in the legal system of an eminently patriarchal country in which women are still reserved for the private spaces of unpaid domestic care. To this end, a bibliographical review was the methodology used, where the study of the main civilists on compensatory maintenance stands out. Despite its absence from the legal system, the relevance of applying economic compensation as a way of compensating women who have been restricted to caring for their children and minors and the home, and as a consequence have also been kept away from the job market, a fact which can often contribute to their husband's professional rise.

Keywords: Compensatory maintenance. Patrimonial imbalance. Patrimonial compensation. Unpaid work.

Introdução

Tendo como fundamento básico o Princípio da Solidariedade Familiar, tradicionalmente os alimentos são considerados prestações devidas para satisfazer as necessidades pessoais daqueles que não podem provê-las por si. Além disso, os alimentos traduzem a aplicação direta e imediata nas relações privadas dos direitos sociais e fundamentais dispostos em nossa Carta Magna a qual estabelece em seu art. 6º que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Diante disso, por vedação ao enriquecimento sem causa, alguns parentes descritos em lei, cônjuges ou companheiros poderão pleitear os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social desde que respeitados o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

Todavia, diversamente do que ocorre com os alimentos familiares, os alimentos compensatórios visam evitar o desequilíbrio patrimonial entre os cônjuges em razão de ruptura do casamento ou da união estável,

compensando, destarte, a disparidade social que um dos cônjuges passa a viver em virtude do fim do vínculo afetivo.

Com base na legislação francesa, espanhola e argentina, o estudo acerca do tema foi introduzido no Brasil notadamente por Rolf Madaleno além de outros civilistas que serão citados no decorrer do presente trabalho.

Assim, com fundamento nos estudos dos referenciais teóricos que embasarão a pesquisa proposta, e a partir da análise crítica sobre o posicionamento do direito contemporâneo a respeito de um Direito de Família emancipatório o presente estudo terá por finalidade o exame dos alimentos compensatórios e sua utilidade prática no que concerne sua concessão às mulheres privadas do acesso ao mercado de trabalho.

Para tanto, primeiramente será necessário trazer um breve retrospecto histórico da mulher casada e sua condição patrimonial na legislação civil nacional. Posteriormente haverá desenvolvimento dos alimentos familiares para que se possa, em tópico seguinte diferenciá-lo dos alimentos compensatórios e, por fim, traz-se uma análise crítica comparativa de algumas legislações estrangeiras que versam sobre a temática ora proposta.

Vejamos cada um dos itens a seguir.

Mulher casada e patrimônio: um breve retrospecto histórico da legislação civil brasileira

Atualmente as relações matrimoniais encontram-se regulamentadas pelo Código Civil vigente, o qual como sabido, deve ser interpretado de acordo com os fundamentos previstos na Constituição de 1988 que dispõe em seu artigo 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Todavia, em períodos anteriores do Direito brasileiro havia dispositivos legais totalmente violadores de uma então pretensa igualdade entre homem e mulher. Isso se devia ao fato de que, por muito tempo, o Estado era confessional, ou seja, a religião católica era oficialmente reconhecida e tinha forte influência sobre todo o corpo legislativo. Desse modo, observa-se que anteriormente, o Direito, principalmente em relação ao casamento era baseado nos dogmas da igreja católica e nos costumes da época.

Sendo assim, para compreender a importância da necessidade da prestação de alimentos compensatórios como uma forma de compensar a mulher pela prestação de cuidados familiares, torna-se importante um breve escorço histórico versando sobre o papel da mulher nas relações familiares, notadamente no que diz respeito ao seu patrimônio.

As primeiras leis a disporem sobre a família no Brasil, são as Ordenações Filipinas também denominadas Ordenações do Reino de Portugal, que chegaram em solo nacional junto aos portugueses no período colonial, essas normas irão vigorar até 1916, quando é publicado um novo Código Civil, que posteriormente seria revogado pelo de 2002.

Nas Ordenações Filipinas, é possível encontrar diversos dispositivos que se referem aos direitos e deveres que são atribuídos às mulheres e aos seus maridos, os quais evidenciam fortemente a visão de domínio do homem sobre a mulher e a crença em uma suposta fragilidade feminina.

No livro II, Título 37, as Ordenações dispõem que a mulher que obtivesse renda superior a cinquenta mil reis, deveria pedir autorização do rei para se casar, sob pena de perder seus bens. Cumpre destacar que nessa época o regime de bens supletivo era o regime da comunhão universal de bens, e, portanto, após a consumação do casamento todos os rendimentos dos cônjuges eram comunicáveis, mas, não obstante isso, estabelecia as

mesmas Ordenações que o homem deveria ser o cabeça do casal, sendo que sua mulher apenas assumiria esse poder de comando e gerenciamento com a morte do marido.

Ainda com relação ao patrimônio, as Ordenações do Reino de Portugal em seu Livro IV, Título 88, possibilitavam a deserdação da filha se, antes de atingir vinte e cinco anos, dormisse com algum homem, ou se ela casasse sem mandato de seu pai ou de sua mãe, caso ausente o genitor.

No ano de 1916 entrou em vigor o primeiro Código Civil do Brasil – o Código Beviláqua - que manteve diversos dispositivos que permaneceram evidenciando a distinção dos papéis masculinos e femininos na sociedade conjugal da época. No art. 233 o legislador pontuava os direitos e deveres do marido, sendo eles: representar legalmente a família; administrar os bens comuns do casal e os particulares da mulher; decidir sobre o domicílio familiar; autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal e prover a manutenção da família.

Por outro lado, o legislador inseriu em outro dispositivo legal os direitos e deveres da mulher na sociedade conjugal. Assim, o art. 242 daquela mesma codificação, dispunha sobre atos que a mulher não poderia praticar sem autorização do marido, quais sejam: alienar ou gravar os imóveis de seu domínio particular, qualquer que fosse o regime de bens; aceitar ou repudiar herança ou legado; exercer profissão; dentre muitas outras proibições características que restringiam a mulher de considerável autonomia dentro do matrimônio.

Assim, o Código Civil determinou que ao se casar, a mulher tornar-se-ia relativamente incapaz, necessitando, portanto, da anuência do marido para qualquer ato jurídico a ser praticado. Em relação a separação, era ela denominada *desquite* e caso fosse a mulher considerada culpada pelo fim da sociedade conjugal não poderia ela pleitear alimentos.

Destarte, conforme assevera Cláudia de Jesus Maia:

> O primeiro Código Civil brasileiro regulamentou os direitos civis, dentre eles, o casamento e o desquite. Como uma lei, mas, também e principalmente, como uma prática discursiva, ele criou e assegurou os direitos dentro da sociedade conjugal. Dessa forma, embora historicamente as mulheres tenham ocupado lugar de destaque na família, constituindo-se, em muitos casos, em suas mantenedoras, o código civil, baseado na ideia de prestações e contraprestações mútuas, legitimou a divisão sexual entre trabalho produtivo e reprodutivo e tornou as mulheres casadas incapazes e dependentes. Assim, o código não proibia diretamente o trabalho remunerado das mulheres, mas criava um instrumento jurídico de controle da autonomia delas durante o casamento e após o desquite, já que caberia ao marido autorizar ou proibir a esposa a seguir uma carreira profissional. Além disso, o marido era oficialmente o chefe da sociedade conjugal, cabia a ele a representação legal da família, determinar onde iam morar, e, como detentor do 'pátrio poder' e do "poder marital" podia dispor dos bens tanto do casal como da esposa e, em caso de herança, era, frequentemente, ele quem recebia como "cabeça do casal".[1]

Talvez, em termos de legislação que dispunha sobre direitos civis, o primeiro passo para a emancipação feminina foi a promulgação da Lei 6.121, de 1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada. Em virtude de referida legislação, a mulher deixou de ser relativamente incapaz e adquiriu o direito de exercer profissão sem precisar de autorização do marido, além de ter seus bens, fruto de seu trabalho, reservados para si, criando-se, desse modo a figura dos *bens reservados*[2].

No ano de 1977 entra em vigor a Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio. Talvez um segundo passo para autonomia da mulher, referida legislação retirou a obrigatoriedade de a mulher acrescentar ao seu o sobrenome

[1] MAIA, Cláudia de Jesus. *A invenção da solteirona:* conjugalidade moderna e terror moral-Minas Gerais (1890-1948). 2007. Disponível em: http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/2331. Acesso em: 19 abr. 2024. p. 95.

[2] Especificamente com relação à figura dos bens reservados mostra-se relevante apresentar seu correspondente dispositivo legal. Assim: Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos n.. II e III, do artigo 242. Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

do marido, mas manteve as consequências da famigerada culpa pelo fim do casamento. Diante disso, o cônjuge culpado pelo fim do casamento perderia a guarda de seu filho para aquele que houvera sido considerado inocente. Esse fato revela certo juízo de valor com relação a conduta sexual da mulher, pois se culpada pelo fim do casamento em razão de infidelidade, perderia a guarda do filho, e, é sabido que os tribunais julgavam de modo distinto uma traição cometida por uma mulher casada daquela cometida pelo homem casado.

A despeito do exposto, a possibilidade dos casais se divorciarem concedeu liberdade às mulheres para refazerem suas vidas afetivas por meio de um novo casamento, o que até então era uma prerrogativa inexistente no Brasil.

As mudanças significativas ocorrem efetivamente após a promulgação da Constituição Federal, de 1988, que imprime em seu bojo o Princípio da Igualdade entre homem e mulher e o Princípio da Igualdade entre homem e mulher dentro da sociedade conjugal. Como observa Maria Berenice Dias:

> A chamada Constituição Cidadã patrocinou a maior reforma já ocorrida no direito das famílias. Três eixos nortearam uma grande reviravolta. Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Carta Política de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (CF 3.º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CF 5.º), pela primeira vez é enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (CF 5.º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5.º).[3]

Desse modo, com a promulgação da vigente Constituição Federal, os dispositivos presentes no Código Civil de 1916 foram revogados, pois encontravam-se em total discordância com a nova ordem constitucional, entretanto, é apenas com o advento do Código Civil de 2002 que estes dispositivos serão extirpados do direito brasileiro, criando, juridicamente, um cenário mais adequado no que se refere aos direitos civis da mulher casada. Assim, a incapacidade relativa à mulher casada, a necessidade de autorização para exercer profissão ou morar em ambiente diverso ao do marido, dentre tantos outros, atualmente consistem em violências superadas sendo que tais disposições existem apenas como lamentáveis lembranças históricas.

O tratamento oferecido pelo Direito com relação às mulheres, mormente no Direito de Família, por óbvio, trata-se apenas de resultado de uma sociedade flagrantemente patriarcal cujos costumes da época somado à naturalização de uma suposta fragilidade feminina, foram elementos fundamentais para normatizar essa construção de papéis desiguais.

Todavia, não se pode olvidar, que apesar de importantes conquistas e avanços realizados, o sistema jurídico brasileiro não está imune à críticas, pois ainda se operam diversas questões em que as normas jurídicas ainda encontram-se omissas, contraditórias ou inexistentes. Esse fato torna a sociedade dependente da sensibilidade dos juízes e a questão jurídico-patrimonial da mulher após dissolução da sociedade conjugal é uma delas, principalmente aquelas que dedicam a sua vida a prestação de cuidados familiares, conforme será observado posteriormente.

Os alimentos familiares: uma introdução necessária

O termo “alimentos” tem ganhado interpretação diversa com o decorrer do tempo. A princípio, os alimentos eram vistos apenas como prestação necessária para a subsistência, contudo, atualmente, o instituto passou a ser considerado algo além do fornecimento do mínimo existencial: é prestação primordial para efetivar

[3] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103.

o princípio da dignidade humana, sobretudo quando considerado que a família é o *locus* de realização pessoal e não apenas uma instituição utilizada para a reprodução, como outrora era considerada.

Os alimentos familiares, de forma sucinta, são aqueles que decorrem do parentesco, casamento ou união estável e são, atualmente, considerados *intuito personae*, ou seja, devidos em razão de características específicas das pessoas que integram cada relação (idade, inserção no mercado de trabalho, doenças, dentre outras). Ademais, são encarados como matéria de ordem pública e encontram embasamento no princípio da solidariedade familiar, sendo, inclusive, para Flávio Tartuce, este o principal argumento para sua existência, sobrepondo-se até mesmo à relação de parentesco:

> Aplicando-se a tese da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, tais direitos existem e devem ser respeitados nas relações privadas particulares, no sentido de que os alimentos estão muito mais fundamentados na solidariedade familiar do que na própria relação de parentesco, casamento ou união estável.[4]

Ressalte-se que as características dos alimentos não serão abordadas na presente pesquisa por extrapolar o objetivo proposto. Além disso, pelo mesmo motivo, quanto às classificações, os alimentos possuem diversas subdivisões que também deixarão de ser aqui expostas de modo aprofundado. Contudo, algumas considerações se fazem necessárias a fim de que não haja confusão entre as espécies, que não raras vezes se assemelham em alguns aspectos.

Assim, tem-se os alimentos podem ser classificados quanto: *(i)* à fonte, dividindo-se em *(i.i)* legais, *(i.ii)* convencionais e *(i.iii)* indenizatórios/ressarcitórios; *(ii)* à natureza/extensão, dividindo-se em *(ii.i)* necessários/naturais e *(ii.ii)* convenientes/civis; e *(iii)* à finalidade, dividindo-se *(iii.i)* definitivos, *(iii.ii)* provisórios, *(iii.iii)* provisionais ou *(iii.iv)* transitórios. Cumpre salientar que a depender da doutrina consultada, poderão variar as classificações e subdivisões, não havendo, contudo, qualquer prejuízo para a análise.

Em relação à primeira classificação, ou seja, quanto à fonte, tem-se que os alimentos *legais*, como o nome pressupõe, decorrem da lei e somente na falta da prestação desse tipo de alimentos é que poderá ocorrer a prisão civil do seu devedor. Os alimentos *convencionais*, decorrem da autonomia privada do instituidor, ou seja, de contrato ou testamento. Já os *indenizatórios/ressarcitórios*, nascem da prática de ato ilícito.

No que tange à segunda classificação - quanto à natureza/extensão -, os alimentos ditos necessários ou naturais, possuem alcance limitado, são aqueles considerados estritamente necessários à subsistência e à manutenção do ser humano, sem exageros, dentro da proporcionalidade, enquanto os alimentos convenientes (civis ou côngruos), têm contorno mais amplo, abrangem as necessidade sociais, intelectuais, morais, ou seja, buscam promover a qualidade de vida do alimentando, utilizados para custear, por exemplo, cursos extracurriculares, plano de saúde, lazer, dentre outros, que prezam pela manutenção do padrão de vida para além do necessário para sobreviver.

Sobre a última classificação - quanto à finalidade - os alimentos *definitivos* são aqueles decorrentes do acordo de vontades entre as partes ou de sentença judicial transitada em julgado. Apesar da denominação, podem ser revistos em sede de Ação Revisional de Alimentos desde que haja alteração na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe.

A análise sobre os alimentos *provisórios* e *provisionais* merece maior aprofundamento, pois apesar de possuírem características semelhantes, são realidades distintas. Além disso, por serem efêmeros podem confundir-se com alimentos compensatórios ou até mesmo com os alimentos transitórios.

[4] TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* Direito de família. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 532. (grifo do autor).

Ressalte-se que, apesar da diferença, legislações brasileiras ora utilizam a expressão *alimentos provisórios*, ora utilizam *alimentos provisionais* para se referir à fixação de alimentos em sede de cognição sumária.

Com efeito, o Código Civil de 1916 determinava no artigo 224 que, quando concedida a separação, "a mulher poderá pedir os alimentos provisionais", na forma do artigo 400, que prescrevia que os alimentos deveriam ser fixados observando-se as necessidades de quem os pede e os recursos de quem os proverá.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), seguindo o Código Civil de 1916, utilizava a expressão "alimentos provisionais" no artigo 852, segundo o qual "*é lícito pedir alimentos provisionais*", e em seguida trazia três hipóteses nos incisos I a III, nas quais cabia o pedido: "*I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; e III - nos demais casos expressos em lei*". Completava em seu parágrafo único que, no caso previsto no inciso I, *"a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda".*

O Código Civil de 2002 manteve a expressão "alimentos provisionais", no artigo 1.706, determinando que "*Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual*". No "*relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*" a intenção é repetir essa regra no artigo 1.700-B, utilizando a mesma expressão "*alimentos provisionais*" e revogar o citado 1.706.

Por outro lado, a Lei n. 5.478/1968, que dispõe sobre "*ação de alimentos*", utiliza a expressão "*alimentos provisórios*", em seu artigo 4º. Referida lei, como o nome sugere, estabelece procedimento especial para ações de alimentos, nos casos em que exista a prova pré-constituída do parentesco, conforme determina o artigo 2º: "O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor [...]".

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil, diferentemente do Código anterior, faz menção a *alimentos provisórios*, ao dispor no art. 531, inserto no procedimento do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, que as regras ali previstas se aplicam tanto para os alimentos "*definitivos*" ou "*provisórios*". A execução desse último processar-se-á em autos apartados, nos termos do §1º, do citado dispositivo legal.

Assim, o que é comum entre os alimentos provisórios e provisionais é o provimento jurisdicional: em ambas as hipóteses, eram fixados em cognição sumária pelo juiz e, logo, provisoriamente. Quando fixados em cognição exauriente, de acordo com todos os elementos do processo os quais permitiam ao julgador a ponderação do binômio necessidade-possibilidade, se tornavam definitivos.

No entanto, há diferença entre as espécies de alimentos "provisórios" e "provisionais". Os alimentos "provisórios" são aqueles fixados de plano, pelo juiz, ao despachar o pedido, nas ações que seguem o procedimento especial previsto na Lei de Alimentos, ou seja, naquelas em que o demandante possui a prova pré-constituída da relação de parentesco, nos termos do artigo 2º, da referida lei. Não havendo tal prova, o juiz deverá extinguir o processo, sem resolução do mérito, pela ausência de condição para o exercício do direito de ação (falta de interesse de agir).

Já os alimentos "provisionais" são aqueles fixados nas demais ações que não seguem o rito previsto na Lei de Alimentos, "visando manter a parte que os pleiteia no curso da lide, por isso a sua denominação *ad litem*"[5]. O exemplo mais utilizado é aquele em que o autor pleiteia o reconhecimento do vínculo de filiação, cumulando

[5] TARTUCE, Flávio *et al*. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.339.

tal pedido declaratório com a fixação de alimentos. Por inexistir prova pré-constituída da relação de parentesco, a demanda não seguirá o rito especial da Lei de Alimentos, no entanto, o juiz poderá fixar os alimentos provisionais, mediante concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada.

Infere-se, portanto, que no passado, tanto os alimentos "provisionais", do artigo 852, do CPC/73, quanto os alimentos "provisórios", da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), eram assim denominados simplesmente por não serem definitivos, eram utilizados de maneira provisória, antecipada e cautelar, sem condenação definitiva pelo juiz, em outras palavras, "*não eram objeto de condenação, mas de um juízo de cautela e provisório*"[6].

Tanto alimentos provisórios quanto os provisionais, antes do advento do atual Código de Processo Civil, eram concedidos pelo juiz em juízo de cognição sumária, como adiantado. Valia-se o juiz no seu poder geral de cautela, inicialmente em provimento de natureza jurisdicional cautelar. Com a alteração no CPC/73 pela Lei 8.952/1994, tais alimentos também passaram a ser concedidos em tutela antecipada.

Havia certa confusão entre os alimentos provisórios e provisionais em relação à natureza da decisão que os concediam, isto é, cautelar ou antecipada. No entanto, a atual legislação processualista extinguiu o procedimento das cautelares típicas, condensando todas as medidas provisórias entre os artigos 294 a 311, dividindo-as em urgência - englobando tutelas antecipada e cautelar - e evidência.

Superada a diferença dos alimentos provisórios e provisionais no passado, ante o implemento da nova sistemática do Código de Processo Civil, resta apenas a definição dos alimentos *transitórios*, que são aqueles fixados por período de tempo determinado, em favor do ex-cônjuge ou companheiro, *"*sob a justificativa de não fomentar o ócio e o parasitismo*"*[7], nas palavras de Maria Berenice Dias, justamente por não terem origem no *jus sanguinis*, há tendência de estabelecer termo final.

Importa ressaltar que os alimentos transitórios também não devem ser confundidos com os alimentos compensatórios. Isso porque embora ambos não possuam a característica de prestação vitalícia – assim como os alimentos provisórios e provisionais - conforme será visto a seguir os alimentos compensatórios não são provenientes do direito de família, diversamente do que ocorre com os alimentos transitórios. Contudo, possuem um ponto em comum: ambos podem ser destinados às pessoas cuja ruptura do vínculo conjugal tenha causado diminuição do padrão de vida, antes existente.

Os alimentos transitórios representam uma provisão temporária destinada a garantir o sustento daquele que temporariamente não consegue se manter, até que possa ingressar no mercado de trabalho e começar a auferir renda própria. Essa prestação temporária possui clara natureza alimentar, e deverá permanecer até que o beneficiário consiga garantir seu próprio sustento, desde que não haja falta de empenho na busca por trabalho. Assim:

> APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA A EX-CÔNJUGE. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. (ART. 1.694, §1º, CC). CARÁTER TRANSITÓRIO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. CAPACIDADE DE REINSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO PERPÉTUA DE SUSTENTO. NÃO CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Cabe ao juízo da instrução, com exclusividade, apreciar sobre a conveniência e oportunidade da produção de prova requerida, não havendo que falar em cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, notadamente quando o magistrado indefere o pedido formulado pela parte (prova testemunhal) de forma fundamentada. 2. De acordo com os artigos 1.566, inc. III, e 1694, caput e §1º, ambos do Código Civil e com base no dever de mútua assistência, podem ser fixados alimentos em prol do ex-cônjuge necessitado. Entretanto, a prestação de alimentos após o rompimento do vínculo conjugal é medida excepcional e transitória, com duração suficiente para que o alimentado atinja sua independência financeira se adaptando a sua nova realidade. 3. Em regra, a dissolução do matrimônio não implica necessariamente em extinção da obrigação de prestar alimentos entre os ex-

[6] NERY, Rosa Maria de Andrade. *Alimentos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 101. (grifo do autor).
[7] DIAS, Maria Berenice. *Alimentos:* direito, ação, eficácia, execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 119.

> cônjuges. Saliente-se que a obrigação de pagar pensão alimentícia ao ex-cônjuge é condicionada à efetiva comprovação da total incapacidade do alimentando em prover o próprio sustento, bem como à ausência de parentes em condições de arcar com o pagamento dos alimentos, de acordo com a interpretação analógica do art. 1.704, parágrafo único, do CC. 4. A fixação dos alimentos em caráter de transitoriedade tem o fito de permitir que a ex-cônjuge se afaste da condição de dependente do requerido, adaptando-se à sua nova realidade de autonomia financeira. 5. Recurso conhecido e desprovido.[8]

Por outro giro, como será visto a seguir, os alimentos compensatórios são destinados a compensar o desequilíbrio econômico causado pela ruptura do casamento ou da união estável, levando em consideração, destarte, a contribuição indireta do cônjuge que via de regra mostrou-se fortemente voltado à prestação de cuidados familiares não remunerados.

Desse modo, conforme dito alhures, embora os alimentos provisionais, provisórios, transitórios e compensatórios tenham a característica da efemeridade, pelos motivos que serão adiante apreciados, não deverão se confundir. Essas são as diferenciações necessárias que viabilizam a melhor compreensão dos alimentos familiares e, por consequência, ajudam a delimitar o papel importante dos alimentos compensatórios, que ante a delimitação do presente trabalho, será dedicado tópico exclusivo para sua análise.

Os alimentos compensatórios

Temática relativamente recente no Brasil e sem previsão legal expressa, os alimentos compensatórios é assunto notadamente pesquisado e desenvolvido no Brasil por meio da doutrina de Rolf Madaleno a partir de estudos do direito Espanhol e Argentino.

Acerca da própria nomenclatura, ainda há divergências entre doutrina e jurisprudência, considerando que Rolf Madaleno, por exemplo, denomina-o como “pensão compensatória”, Paulo Lobo como “compensação econômica” e a jurisprudência designa-o de “alimentos compensatórios”[9].

Segundo o jurista argentino Jorge O. Azpiri, considera-se alimentos compensatórios[10]:

> Uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentado em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal.

Diante disso, tem-se que os alimentos compensatórios não possuem caráter alimentar e também não têm origem nos alimentos propriamente ditos, ou seja, não derivam do poder familiar, do parentesco ou do casamento e união estável. Os alimentos compensatórios tem natureza indenizatória, uma vez que o objetivo é indenizar o desequilíbrio econômico causado pela separação ou divórcio, compensando, até onde for possível, a disparidade material causada pela ruptura da relação sem necessariamente objetivar a plena igualdade econômica do casal.

Para que se possa identificar quais as pessoas legitimadas para recebimento de alimentos compensatórios, insta verificar as situações concretas que se apresentam diante do Poder Judiciário. Há casos nos quais com o decreto do divórcio, a mulher fica com a guarda dos filhos menores e encontra-se em

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1ª. turma cível). Acórdão 1292565, 07087297820198070020. Relator: Carlos Rodrigues. Data de julgamento: 21/10/2020. *Diário da Justiça Eletrônico* (DJE): 27/10/2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/familia-e-sucessao/alimentos-a-ex-conjuge-dever-de-mutua-assistencia-e-principio-da-solidariedade. Acesso em: 20 abr. 2024.

[9] COSTA, Cora Cristina Ramos Barros; LOBO, Fabiola Albuquerque. A atual pertinência dos alimentos compensatórios no Brasil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: http://civilistica.com/a-atual-pertinencia-dos-alimentos/. Acesso em: 23 abr. 2024.

[10] AZPIRI, Jorge O. apud TARTUCE, Flavio. *Direito civil*: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. p. 618.

instabilidade profissional por ter renunciado à vida profissional em prol do cuidado doméstico; ou ainda, a mulher da terceira idade que passou toda uma vida dedicando-se aos cuidados do lar[11].

Diante disso, terá direito aos alimentos compensatórios o ex-cônjuge que não auferiu bens que poderiam contribuir para o aumento de sua meação, ou porque a ausência patrimonial deriva do regime de bens eleito, como no caso de separação convencional ou obrigatória de bens, além de outras possibilidades que a vida prática apresenta e que coloca um dos cônjuges em flagrante desequilíbrio econômico a partir da dissolução do casamento[12].

É possível ainda considerar que os alimentos compensatórios se identificam com a indenização pela perda de uma chance. Nessa hipótese, encaixa-se, portanto, os casos nos quais a mulher dedicou toda a sua vida aos filhos e à família e, por consequência, não teve condições de inserir-se no mercado de trabalho e nem tampouco, por óbvio, ter autonomia financeira[13].

Houve caso que tramitou na 10ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro (processo nº 0074823-20.2012.8.19.0001), em que a Juíza Marilene Gomes Fernandes concedeu os alimentos compensatórios pelo argumento da perda de uma chance, para a mulher que se dedicou à família e deixou de seguir a carreira de engenheira química. A indenização foi no valor de 30% da diferença entre os ganhos como professora e a remuneração mensal que poderia receber caso seguisse a profissão de engenheira química[14].

Importante destacar, ainda, que para fins de concessão de alimentos compensatórios, não se questiona a culpa pelo fim da conjugalidade, ou seja, não importa quem supostamente deu causa à ruptura da relação. O que importa é apenas verificar qual das partes sofreu um desequilíbrio econômico com o fim do relacionamento e, por consequência, buscar-se-á reequilíbrio, através do pagamento dos alimentos compensatórios. Diante disso, tem-se que[15]:

> Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável, e ingressam unicamente as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, na qual importa apurar a situação econômica enfrentada com o advento da separação e se um dos consortes ficou em uma situação econômica e financeira desfavorável em relação à vida que levava durante o matrimônio, os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material.

No que tange ao valor da pensão compensatória, esta será fixada em quantidade suficiente para atender aos gastos e alimentos aos quais o cônjuge fora acostumado, não se submetendo ao trinômio da

[11] "Na era da igualdade, ainda é necessário conviver com muitos desencontros a exigir que o Estado-juiz venha, em alguns momentos, 'proteger' certos cônjuges em situações peculiares, sobretudo nos casamentos mais longos, nos quais se reconhece a existência de resquícios de desigualdade amparados no homem-provedor e único responsável por escolhas referentes aos bens". Cf. SILVESTRE, Thaís Arruda; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A tutela alimentar entre ex-cônjuges e a (des)necessidade dos alimentos compensatórios no diálogo entre autonomia e solidariedade familiar. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 1, p. 1293-1334, 2021. p. 1299.

[12] Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão paradigmático, determinou os requisitos indispensáveis para a possibilidade de prestação de alimentos compensatórios.

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. TERMO FINAL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS (PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA). POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CÔNJUGES. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA.

5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação.

6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. turma). REsp 1290313/AL. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 12/11/2013, *Diário da Justiça Eletrônico:* 07/11/2014. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+compensat%C3%B3ria. Acesso em: 25 abr. 2024.

[13] "Daí serem os alimentos compensatórios uma espécie de indenização pela perda da chance experimentada por um dos consortes durante o convívio conjugal. Nada mais do que a repercussão no âmbito do Direito das Famílias de um direito de cunho obrigacional que veda a onerosidade excessiva, aproximando-se dos alimentos indenizatórios oriundos da responsabilidade civil". Cf. DIAS, Maria Berenice Dias; RUSSOMANO, Felipe Matte. Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir! *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 9., *Anais* [...]. p. 297-309. p. 301. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/306.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

[14] MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.1028.

[15] MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 13, dez./jan. 2010, p. 5-29, p. 19.

proporcionalidade-possibilidade-necessidade. A fixação deve considerar alguns fatores, tais como, (i) acordo em que cheguem os cônjuges; (ii) idade e estado de saúde do credor e devedor; (iii) qualificação profissional e probabilidade de acesso a emprego; (iv) dedicação passada e futura à família; (v) colaboração com seu trabalho e as atividades do outro cônjuge; (vi) duração do casamento ou convivência conjugal; (vii) eventual perda de direito a pensão; (viii) riqueza e meios econômicos e necessidade dos cônjuges; (ix) qualquer circunstância relevante, com exceção do motivo do divórcio[16].

Acerca da forma de pagamento, Maria Berenice Dias e Felipe Matte Russomanno expressam que[17]:

> O pagamento dos compensatórios pode ser feito em parcela única ou periodicamente, o que de forma alguma dá ao crédito natureza alimentar. Como sua exigibilidade depende de fato incerto – equilíbrio econômico – não podem ser fixados por tempo certo. Surge, então, um dilema: se, de um lado, deve-se evitar um pensionamento infinito, de outro, o termo final depende da superação da desigualdade entre as partes. De qualquer modo, o equilíbrio que pode justificar o termo final da obrigação é imprevisível, diz com o momento em que ocorrer o ajustamento entre a realidade econômico financeira vivida pelos ex-consortes.

Importa ressaltar, ademais, que o pagamento de alimentos compensatórios não tem caráter de vitaliciedade, mas também não é possível fixar um tempo fixo, claro e objetivo, pois dependerá da possibilidade do cônjuge prejudicado de ter novamente autonomia para a produção de seu sustento, sendo necessário o ajuizamento de ação revisional para que se verifique se ainda subsiste a desvantagem econômica.

Acerca da prisão civil para o devedor de alimentos, ela apenas será concedida em razão dos alimentos provenientes do direito de família, e, portanto, no caso dos alimentos compensatórios, a prisão civil não poderá ser concedida pois os alimentos compensatórios, como visto possuem caráter indenizatório e não, alimentar.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a esposa interpôs um Agravo de Instrumento contra decisão na qual o juízo *a quo* tornou sem efeito a determinação de prisão civil do devedor. A Turma negou provimento ao recurso pelo argumento de que os alimentos compensatórios possuem caráter indenizatório e não alimentar[18]:

> CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. CÔNJUGE VIRAGO COMO CREDOR. VERBA SEM NATUREZA ALIMENTAR (EM SENTIDO ESTRITO). NATUREZA COMPENSATÓRIA/INDENIZATÓRIA. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Os alimentos compensatórios, assim denominados pela Doutrina, são fixados com a finalidade de evitar-se um desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da dissolução nupcial, possibilitando-se ao ex-cônjuge, que não se encontra na administração dos bens do casal, a continuidade de sua vida no padrão até então desfrutado, até que seja realizada a partilha do patrimônio comum. Não se destinam, portanto, a satisfazer as necessidades básicas da alimentanda, ou seja, não se destinam à sua sobrevivência, possuindo nítido caráter indenizatório.
> 2. Tendo em vista o caráter indenizatório dos alimentos compensatórios não se afigura possível que a correspondente execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, que fica restrita à hipótese de inadimplemento de verba alimentar propriamente dita, destinada à subsistência do alimentando.
> 3. Agravo de instrumento não provido.

Não obstante a impossibilidade de se exaurir todos os pontos controversos e polêmicos dos alimentos compensatórios, é evidente a sua relevância jurídica notadamente por conta da social alocação da mulher aos cuidados do lar, um trabalho invisível, não remunerado e tradicionalmente não valorizado[19].

---

[16] MADALENO, op. cit., 2017, p. 1036-1037.
[17] Op. cit.
[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento 20150020320719 AGI (0033580-30.2015.8.07.0000). Relator: Desembargador Cruz Macedo. Data do julgamento 02/06/2016. *Diário da Justiça Eletrônico:* 15/07/2016. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 23 abr. 2024.
[19] Apesar do tema aqui discorrido ser aceito por grande parte da doutrina e também já ter aplicação nos Tribunais, há estudiosos contrários aos alimentos compensatórios, como é o caso de Leonardo de Faria Beraldo, que traz quatro motivos para o banimento dos alimentos compensatórios: "Primeiro porque, com o fim da relação a dois, é natural que ambos passem a ter maiores dificuldades financeiras e que o padrão de vida caia, afinal de contas várias dividas irão dobrar. Segundo porque o próprio *caput* do art. 1.694 do CC já fala em 'alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social', o que é exatamente o que se prega para defender a existência dos alimentos compensatórios. Terceiro porque, para se conseguir certas pretensões, há procedimentos judiciais próprios, que são, por exemplo, a prestação de contas, a cobrança ou o locupletamento, como muito bem ressaltou o acordão do TJMG, logo, despiciendo seria criar-se uma nova categoria jurídica para suprir a inércia de uma das partes. Quarto porque, como já visto em capítulos anteriores, a jurisprudência consolidou-se no

A legislação estrangeira e os alimentos compensatórios

Conforme abordado no decorrer da presente pesquisa, o Brasil carece de regulamentação expressa sobre os alimentos compensatórios de tal modo que se revela pertinente a análise e utilização da legislação estrangeira para estudo e aperfeiçoamento do tema.

Na Alemanha os alimentos compensatórios são denominados de "prestações compensatórias" o que foi transmitido para a legislação francesa e espanhola que serviram de fundamento para a doutrina e jurisprudência da Argentina.

A discussão acerca da pensão compensatória ocorreu na França, em meados de 2004, por meio da Lei do Divórcio, que trouxe alterações no Código Civil francês. Pelas citadas alterações, foi incluído na legislação o termo "prestação compensatória", cunhado com a especial finalidade de compensar a disparidade patrimonial oriunda do fim do casamento ou da união estável, de modo que o valor de tal prestação deve, a rigor, ser fixado pelo magistrado[20].

Em continuidade, o Código francês prevê fatores que devem ser levados em consideração pelo juiz no momento de fixação da prestação compensatória, tais como: a duração do casamento; a idade, a saúde dos cônjuges e a sua qualificação profissional; a perda de chances profissionais pela dedicação ao lar e a criação e educação dos filhos, ainda o patrimônio comum e particular de cada cônjuge.

Ainda na seara da legislação francesa, Souza e Silvestre[21] alertam que, apesar das disposições aparentarem simplicidade, a verdade é que, na prática, é possível verificar a existência de muitas discussões na doutrina e na jurisprudência. A título de exemplo, as indigitadas autoras pontuam que há controvérsia sobre a interpretação dos critérios previstos na legislação, de modo que exemplificam a dificuldade de análise com relação à questão da escolha sobre o abandono da vida profissional. Em outras palavras, as autoras questionam qual seria o limite divisor entre o abandono da vida profissional para efetivamente cuidar do lar e dos filhos ou então uma simples escolha individual pautada no bem-estar.

Além disso, as autoras questionam também o critério que estabelece como base a saúde de cada cônjuge, pontuando que este também é alvo de discussão. Em suma, não é possível distinguir a vontade do legislador, isto é, se fez referência a uma questão de ordem pública, pautando-se na proteção do indivíduo ou se tal parâmetro ainda estaria contido dentro dos limites das escolhas e renúncias de cada cônjuge em razão da união e do estabelecimento de uma família.

Não obstante as discussões e controvérsias, fato é que o instituto se faz presente nas citadas legislações, assim como vem sendo aplicado em nosso país. Assim, as discussões e dificuldades que surgem ao analisar o tema não podem obstaculizar o seu desenvolvimento e aplicabilidade aos casos concretos, tratando-se de um instituto necessário que tem por escopo compensar a disparidade patrimonial oriunda do fim do casamento e, neste íntimo, se difere dos alimentos expressamente previstos em nossa legislação.

Prosseguindo-se na análise das legislações estrangeiras, tem-se que o Código Civil espanhol também prevê o instituto da pensão compensatória. Nesse cenário, a legislação espanhola contribui para o presente estudo ao dispor que o cônjuge que tenha experimentado em seu desfavor um desequilíbrio econômico em relação ao

sentido de que não se deve estimular o ócio do cônjuge-alimentando, isto é, se for jovem e tiver condições de trabalho, não se pode onerar o alimentante injustificadamente". Cf. BERALDO. Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 140-141.

[20] COSTA; LÔBO, op. cit., p. 7.

[21] Op. cit., p. 1.326.

outro em razão do divórcio ou separação, terá direito a uma indenização[22]. Há previsão, ainda, de que tal indenização possa ser prestada em forma de pensão temporária, pensão por tempo indeterminado ou mesmo por prestação única, observando-se sempre o que ficar definido por meio de julgamento em processo judicial, ressalvados os casos em que haja acordo entre as partes.

Portanto, quanto mais se aprofunda no estudo da legislação estrangeira, mais evidente fica que a razão de ser da pensão compensatória aqui tratada reside na dissolução do casamento ou da união estável, sendo imperativo que, de tal rompimento, resulte um desequilíbrio econômico entre os consortes.

Ainda no que tange à legislação espanhola, se faz necessário elucidar que, assim como na França, o legislador fez a previsão de alguns fatores que devem ser observados quando da fixação da pensão compensatória, tratando-se, nesse caso, de rol meramente exemplificativo, sendo eles: a existência de acordo entre as partes; a idade e o estado de saúde; a qualificação profissional e a possibilidade de acesso a um emprego; a dedicação passada e futura à família; a colaboração nas atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge; a duração do matrimônio e da convivência conjugal; a perda de eventual direito à pensão; os meios econômicos e as necessidades de cada cônjuge; e outras questões relevantes[23].

Rolf Madaleno[24], ao realizar o estudo da legislação e da doutrina espanhola, coloca em relevo que há diversos institutos que compõem o patrimônio conjugal, dentre os quais está inserido o capital humano. Em outras palavras, o trabalho doméstico deve ser visto como um investimento conjugal feito pelo cônjuge/companheiro, de modo que tal investimento também precisa ser valorado para fins de divisão patrimonial e, para o presente estudo, certamente deve ser considerado para fins de fixação da pensão compensatória quando da dissolução do vínculo afetivo. O mesmo jurista, ainda, preceitua que tal computação do trabalho doméstico está em consonância com o princípio da comunidade de vida, que também tem guarida legal no Brasil.

Nesse aspecto, enquanto trata do trabalho doméstico e seu respectivo valor, Rolf Madaleno[25] assevera que, na legislação espanhola, bem como na Catalunha, há certa bifurcação de conceitos, de modo que, além da pensão compensatória, há também a previsão do instituto da compensação econômica. Em suma, a compensação econômica do Direito espanhol, da qual trata o autor, não é objeto do presente estudo, de modo que se difere da pensão compensatória justamente por não se embasar no desequilíbrio patrimonial instaurado pelo divórcio/dissolução da união, mas sim assume nítido e específico caráter de indenização, sendo aplicado somente em casos de regime de separação de bens, tendo por escopo indenizar o trabalho doméstico e o prejuízo patrimonial advindo de tais circunstâncias pretéritas, isto é, construídas ao longo do matrimônio e não decorrentes exclusivamente do desequilíbrio patrimonial verificado após o rompimento.

Quanto ao Direito argentino, não há a diferenciação acima narrada. Assim sendo, para os argentinos, o que se tem em termos de pensão compensatória, ou mesmo que se utilize o termo compensação econômica, é objetivo final de se combater o desequilíbrio econômico que vier a ser verificado diante da situação patrimonial de cada cônjuge ou convivente com relação ao início e ao final da relação afetiva[26].

Nesse contexto, o Código Civil e Comercial da Argentina prevê a compensação econômica tanto em caráter alimentar, quanto patrimonial, de modo que, não havendo acordo entre os consortes, caberá ao magistrado a quantificação do crédito. Quanto à quantificação, a legislação argentina autoriza a aplicação dos princípios

[22] FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Famílias Nossas de Cada Dia, 10., 2015, Belo Horizonte. *Anais* [...], 2015. p. 560.
[23] COSTA; LÔBO, op. cit., p. 8.
[24] MADALENO, Rolf. Compensação patrimonial na partilha de bens. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, v. 47, p. 9-32, set./out. 2021. p. 22.
[25] Loc. cit.
[26] MADALENO, op. cit., 2021, p. 29.

gerais relativos ao enriquecimento sem causa, havendo a previsão de que a compensação/pensão pode ser prestada em dinheiro, com usufruto de determinados bens, ou por qualquer outro meio que as partes concordem, de modo que, não havendo acordo, caberá a decisão ao juiz[27].

As bases para a pensão compensatória ou compensação econômica no Direito argentino são três, de sorte que o magistrado deverá verificar: a) se houve a produção de um desequilíbrio entre os cônjuges; b) se este desequilíbrio resultou em piora da condição financeira de um dos cônjuges; c) e que a causa seja a existência de um casamento ou de uma união estável[28]. Portanto, no Direito argentino, o instituto em estudo se presta a compensar, por exemplo, os prejuízos oriundos da perda de oportunidades em razão da dedicação ao lar conjugal e à educação dos filhos, de modo que é fundamental, para quantificação da pensão compensatória, a análise do estado patrimonial de cada consorte ao início e ao final da união.

Conclui-se, portanto, que, apesar da ausência de previsão legal no Direito brasileiro, o instituto da pensão compensatória encontra ampla aplicação no Direito estrangeiro, em especial na França, na Espanha e na Argentina. Por conseguinte, as disposições legais, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de tais países podem e devem ser utilizados para estudo e aperfeiçoamento do tema em nosso país, com vias a amparar a situação do consorte que, diante do rompimento da união, se vê em situação de exacerbado desequilíbrio patrimonial e econômico, de modo a evitar o empobrecimento de um em detrimento do outro, bem como para, de certo modo, buscar a manutenção do padrão social experimentado durante a união afetiva.

Conclusão

Considera-se a economia do cuidado o trabalho geralmente feito por mulheres e que envolve a manutenção do ambiente doméstico além das responsabilidades para com os menores, idosos, pessoas com deficiência ou com o próprio marido.

É trabalho invisibilizado e não remunerado pois provém da crença patriarcal de que as mulheres são naturalmente cuidadoras, sendo destinado a elas apenas o espaço privado e, ao homem, o espaço público juntamente com a possibilidade de ascensão profissional e financeira. Assim, quando se naturaliza uma construção social mantém-se a opressão que dificulta o acesso da mulher a outro *locus*.

Feministas há muito tempo dedicam seus estudos a questão da economia do cuidado. Autora da célebre frase "eles dizem que é amor, nós dizemos que é trabalho não remunerado", Silvia Federici, em1970, foi uma das responsáveis pelo lançamento internacional da campanha "*Wages for Houseworks*" ou "Salários para Trabalho Doméstico". A campanha reivindicava o reconhecimento do trabalho doméstico como uma atividade a ser remunerada pelo Estado já que ela é fundamental para produzir a força de trabalho na sociedade capitalista, isto é, o trabalho de cuidado possibilita que o trabalho remunerado aconteça. Todavia, apenas após 30 anos a expressão "economia do cuidado" passou a fazer parte da agenda política da ONU.

A OXFAM Brasil[29] por meio de seu relatório "Tempo de cuidar: o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade" demonstrou que as mulheres dedicam 12,5 bilhões de horas, todos os dias, ao trabalho de cuidado não remunerado.

[27] Loc. cit.
[28] Loc. cit.
[29] A OXFAM Brasil é organização da sociedade civil brasileira, sem fins lucrativos e independente, criada em 2014. Atua em quatro áreas temáticas, quais sejam: Justiça Rural e Desenvolvimento, Justiça Social e Econômica, Justiça Racial e de Gênero e Justiça Climática e Amazônia. Fazem parte de uma rede global composta por 21 membros que atuam em 81 países, por meio de campanhas, programas e ajuda humanitária. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/historia/. Acesso em: 15 out. 2024.

Por sua vez, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas[30].

Diante disso, é correto afirmar que a desigualdade que assola a mulher encontra-se em todos os lugares, seja no âmbito público, privado e institucional.

O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero reflete a necessidade e urgência de atuação do Estado para minimizar ou extinguir desigualdades que eram perpetradas pelo próprio Direito, ele que historicamente reproduziu violência e violação à dignidade das mulheres.

Ainda, os alimentos compensatórios, embora inexistentes no ordenamento jurídico pátrio é, indubitavelmente, uma tentativa de atenuar a reprodução de desigualdades além de reconhecer a economia do cuidado, invisibilizada e tradicionalmente subestimado.

Talvez, seja o início de novos tempos.

Referências

BERALDO. Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. turma). REsp 1290313/AL. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 12/11/2013, *Diário da Justiça Eletrônico:* 07/11/2014. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+compensat%C3%B3ria. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1ª. turma cível). Acórdão 1292565, 07087297820198070020. Relator: Carlos Rodrigues. Data de julgamento: 21/10/2020. *Diário da Justiça Eletrônico*: 27/10/2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/familia-e-sucessao/alimentos-a-ex-conjuge-dever-de-mutua-assistencia-e-principio-da-solidariedade. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento 20150020320719 AGI (0033580-30.2015.8.07.0000). Relator: Desembargador Cruz Macedo. Data do julgamento 02/06/2016. *Diário da Justiça Eletrônico:* 15/07/2016. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso em: 23 abr. 2024.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros; LOBO, Fabiola Albuquerque. A atual pertinência dos alimentos compensatórios no Brasil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano. 6, n. 1, 2017. Disponível em: http://civilistica.com/a-atual-pertinencia-dos-alimentos/. Acesso em: 23 abr. 2024.

DIAS, Maria Berenice Dias; RUSSOMANO, Felipe Matte. Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir! *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 9., *Anais* [...]. p. 297-309. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/306.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos:* direito, ação, eficácia, execução. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Famílias Nossas de Cada Dia, 10., 2015, Belo Horizonte. *Anais* [...], 2015.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.* Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas. Acesso em: 15 out. 2024.

MADALENO, Rolf. Compensação patrimonial na partilha de bens. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, v. 47, p. 09-32, set./out. 2021.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 13, p. 5-29, dez./jan. 2010.

MAIA, Cláudia de Jesus. *A invenção da solteirona:* conjugalidade moderna e terror moral-Minas Gerais (1890-1948). 2007. Disponível em: http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/2331. Acesso em: 19 abr. 2024.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Alimentos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OXFAM BRASIL. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/historia/. Acesso em: 15 out. 2024

SILVESTRE, Thaís Arruda; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A tutela alimentar entre ex-cônjuges e a (des)necessidade dos alimentos compensatórios no diálogo entre autonomia e solidariedade familiar. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 1, p. 1293-1334, 2021.

TARTUCE, Flávio *et al*. *Código Civil comentado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil:* direito de família. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil*: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

[30] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas.* Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas. Acesso em: 15 out. 2024.

Sobre o Direito à alimentação adequada de Crianças e Adolescentes em tempos de Pandemia do Covid-19[1]

ANA LETÍCIA DOS SANTOS CETRONI
MARIA CLARA TINTI CREPALDI
Graduandas 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: anapaula.polacchini@unifipa.edu.br

Resumo:. O direito à alimentação e à segurança alimentar tem previsão expressa em normas nacionais e internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Constituem direitos sociais que demandam atuação estatal para sua implementação. A pandemia do covid-19 afetou o acesso ao direito à alimentação e à segurança alimentar, especialmente na infância e juventude. Este artigo trata do direito de crianças e adolescentes à uma alimentação adequada no contexto da pandemia do covid-19 e o modo como o Estado criou e/ou adaptou políticas públicas de amparo ao mencionado direito.

Palavras-chave: Direitos da Criança e do adolescente. Direito à alimentação adequada. Covid-19.

Abstract: The right to food and food security are regulated by Human Rights national and international law standards. They constitute social rights that require state action for their implementation. The covid-19 pandemic has had an effect on access them, especially in childhood and youth. This article deals with the right of children and adolescents to adequate nutrition in the context of the covid-19 pandemic and the way in which the Brasil created and/or adapted public policies to support those rights.

Keywords: Children's rights. Right to food. Covid-19.

Introdução

O direito à alimentação recebe proteção normativa no plano nacional e internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e o Protocolo de São Salvador de 1988 reconhecem expressamente o direito à alimentação como necessidade a ser garantida para um modo de vida e de desenvolvimento adequados e estabelecem o dever do Estado em oferecer meios de acesso aos citados direitos e de aprimoramento da produção e distribuição de alimentos.

Previsto formalmente na Constituição Federal desde a Emenda 64/1990, que o incluiu no artigo 6º, e já defendido em razão da unidade constitucional, o direito à alimentação demanda atuação estatal para a sua garantia. Tem-se destaque a importância tanto da alimentação quanto da garantia de segurança alimentar como direitos sociais.

O direito à alimentação implica no acesso físico e econômico, ou na oferta de meios de acesso, sem interrupção, à alimentação adequada. A segurança alimentar consiste no acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e práticas alimentares saudáveis, que respeitem a diversidade e que sejam sustentáveis[2].

A atuação estatal e a mobilização de comunidades têm demandado a implementação de medidas para promover o acesso a esses direitos no contexto da realidade brasileira. O quadro de desigualdade social, inclusive étnico-racial, e a vulnerabilidade de pessoas e famílias tem colocado uma em cada dez famílias brasileiras em situação de insegurança alimentar severa[3].

[1] Este texto é baseado na pesquisa "Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil: uma abordagem sociojurídica da legislação da infância e juventude pós 1988" (PESQDIR20231072).
[2] BRASIL. Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006. Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN). *Diário Oficial da União,* 18 set. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.
[3] IBGE. *PNAD contínua.* 2023. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html. Acesso em: 5 mar. 2024.

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), lei 11.346/2006, criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). A Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) foi instituída pelo Decreto 7.272/2010. O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) foi criado pela lei 11.947/2009.

Por sua vez, o ano de 2020 e aqueles que se seguiram foram marcados pela pandemia do Covid-19 (SARS-CoV-2). A pandemia em si e seus efeitos interferiram no modo de vida das pessoas e foram enfrentados pela comunidade internacional e por diversos países de modos diferentes. Dentre seus efeitos muitas mudanças se deram no cotidiano do povo brasileiro, especialmente durante os períodos de *lockdown* e de isolamento social.

Os impactos na vida de muitas crianças e adolescentes também foram significativos. Dentre esses efeitos destacam-se a saúde mental, o modo de acesso à educação, a convivência e ampliação das espécies de violências e a alimentação. No que se refere ao comportamento alimentar de pessoas, grupos e comunidades, hábitos se modificaram ou se potencializaram e, para muitos, a alimentação passou a ser restrita.

A alimentação nas escolas e a orientação nutricional escolar historicamente proporcionam a crianças e adolescentes acesso ao direito em si e a uma vida mais saudável. Com a suspensão das aulas, inicialmente a alimentação nas escolas foi suspensa. Esse fator e outros como o aumento do valor dos alimentos, o alto índice de desemprego, a dificuldade na conservação de bons hábitos alimentares, alteraram o acesso à alimentação na infância e juventude. Esses são fatores que apontam para a necessidade de cumprimento da legislação e a adaptação de políticas públicas existentes quanto à garantia do direito à alimentação.

Essa pesquisa analisa aspectos do direito à alimentação de crianças e de adolescentes durante a pandemia e o modo como o Estado criou e/ou adaptou políticas públicas de amparo ao mencionado direito.

Dentro desse contexto, o presente estudo tem como intuito investigar o cumprimento da legislação nacional e internacional que garante o direito à alimentação e saúde das crianças e adolescentes, observando a participação do Estado perante as dificuldades de manter bons hábitos alimentares, através da criação e constância de políticas públicas efetivas durante e após o período de pandemia.

Inicialmente a metodologia utilizada foi o levantamento e a análise de obras e artigos que abordaram a pandemia do coronavírus, bem como publicações sobre a alimentação e a saúde alimentar. Foi promovido o levantamento e análise de dados (IBGE, UNICEF e outras instituições) referentes ao impacto da pandemia na alimentação de crianças e adolescentes. A pesquisa voltou-se principalmente ao âmbito escolar (desde a infância até a juventude), uma vez que foram necessárias mudanças quanto as medidas suplementares à educação, em razão da maior permanência em casa, pelas medidas de enfrentamento da Covid-19.

Em seguida a pesquisa promoveu uma investigação no campo da legislação nacional e internacional aplicáveis, para identificar as leis e políticas públicas deste período. Por fim, realizou-se comparação entre os estudos supracitados, acerca da legislação, políticas públicas e dados, objetivando constatar as inobservâncias quanto às intervenções governamentais.

Direitos sociais, o direito à alimentação e segurança nutricional

A Constituição Federal estabelece expressamente diversos direitos e garantias, dentre os quais, a alimentação e a saúde como direitos sociais em seu artigo 6º. O Estado tem o dever para com a educação, tal como estabelecido no artigo 208 que institui diversas garantias, em todas as etapas da educação. Nesse campo, o inciso VII do artigo 208 fixa o dever de oferta de programas suplementares de alimentação na educação básica.

Mencionado dispositivo foi incluído na Constituição em 2009, por via de Emenda Constitucional 59, convertida a partir da aprovação do projeto de Emenda à Constituição 96A/2003.

Especificamente quanto aos direitos de crianças e adolescentes, o artigo 227 estabelece o dever de assegurar o direito à alimentação pelos familiares e sociedade, tendo em face o exercício da proteção que lhes é incumbido.

Além disso, a Magna Carta também prevê dentre seus princípios fundamentais, dispostos no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana. Esta pode ser descrita como "ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica"[4].

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), garante em seu artigo 3º que:

> a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

No caso do direito à alimentação, este passou a figurar expressamente no rol do artigo 6º da Constituição Federal apenas em 2001. O projeto de Emenda à Constituição 21/2001[5] que teve início no Senado Federal, foi convertido na Emenda à Constituição 64 de 1990. A proposta apresentada se justificava na condição de desigualdade do povo brasileiro, em parcela da população acometida de fome e que esta prejudica o desenvolvimento de pessoas. A justificativa ao projeto ainda anotou que a II Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1990, que resultou na Declaração de Viena, reconheceu o direito à alimentação.

> A alimentação adequada para crianças e adolescentes é sinônimo de garantia de nutrição e alimentos suficientes que sejam saudáveis, seguros e de qualidade. Além disso, deve permitir que desfrutem da amamentação, do prazer de saborear variados alimentos e proporcionar a vivência da cultura e das tradições da qual a criança e o adolescente fazem parte. A alimentação adequada proporciona às crianças e aos adolescentes o exercício da cidadania, a qualidade de vida e a harmonia com a natureza.[6]

Os direitos dessa natureza, na França passavam a ser incorporados na legislação no final do século XVIII e início do século XIX. A Constituição brasileira de 1824 se referia aos socorros públicos[7] e a Constituição de 1934 previa o direito à subsistência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 engloba expressamente o direito à alimentação em seu artigo 25 ao abordar uma série de direitos essenciais à um "padrão de vida adequado que assegure bem estar. O texto reforça a segurança, proteção e subsistência[8].

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 11, dispõe tanto do direito de reconhecimento a um nível de vida adequado proteção contra a fome, proteção nutricional, melhoria dos modos de produção e distribuição equitativa de alimentos[9].

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, também chamado de Protocolo de São Salvador estabelece expressamente o direito à alimentação em seu artigo 12. Trata desse direito como o acesso à nutrição adequada para o desenvolvimento físico, emocional e intelectual e

[4] BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 108.
[5] SENADO FEDERAL. *Projeto de Emenda à Constituição 21 de 2001.* Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/47868. Acesso em: 5 mar. 2024. Na Câmara dos Deputados tramitou pela PEC 47/2003.
[6] KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. O direito à alimentação de crianças e adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do estado e da sociedade civil em prol da concretização. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, n. 26, p. 1-17, 2014. p. 3.
[7] DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.
[8] 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: 15 mar. 2024.
[9] 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: 15 mar. 2024.

atribui a responsabilidade do Estado na eliminação da desnutrição e no aperfeiçoamento de métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos[10].

O artigo 15 estabelece o dever dos Estados em proporcionar adequada proteção ao grupo familiar para garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar.

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 em seu artigo 6º confere aos Estados Partes a competência de assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança e estabelece em seu artigo 24 o dever dos Estados tanto de combater a desnutrição, como de garantir o fornecimento de alimentos nutritivos e de educar crianças e famílias a seu respeito[11].

A norma supracitada ainda estabelece no artigo 4º que é dever da família e sociedade em geral assegurar a saúde e a alimentação, bem como indica no artigo 54, VII, o papel do Estado na oferta dessas garantias.

Pela análise de normas internas e externas verifica-se o objetivo de proteger as crianças e adolescentes de forma diferente, tendo em vista sua relação inicial de dependência, tornando-os mais vulneráveis que os adultos. Crianças e adolescentes dependem dos bons hábitos alimentares para desenvolvimento físico e psicossocial adequado, bem como no que tange a prevenção de doenças.

Caráter prestacional do direito à alimentação

Mesmo previstos na legislação, os direitos sociais eram interpretados pelas autoridades públicas como diretrizes. Entendia-se que fixavam objetivos políticos ou programas.

O que se verifica, nos diversos tratados internacionais citados, é o dever dos Estados em garantir meios de acesso a alimentação e nutrição alimentar. Os direitos sociais de segunda dimensão, como condição material mínima da liberdade[12], demandam um papel ativo do Estado, e assumem um caráter prestacional[13].

As pessoas passam a exigir a atuação do Estado na melhoria das suas condições de existência. Essa atuação estatal passa a ser concreta, de caráter material ou imaterial, por via de políticas públicas e políticas sociais. O campo pode ser normativo, ou de garantia de segurança, de prestação de bens e de serviços[14].

As políticas públicas são compostas de ações estratégicas para que sejam atendidos certos interesses[15] e "são forjadas para a realização de objetivos específicos"[16]. As políticas públicas, indiscutivelmente, são fruto das diferentes formas de cultura e de organização, do poder de pressão dos diversos grupos sociais e de suas reivindicações, que estão sempre em busca de novos e mais amplos direitos sociais, os quais estão todos incorporados ao exercício do direito à cidadania[17].

Como se mencionou o Protocolo de São Salvador determina que os Estados-partes da Convenção atuem no enfrentamento da desnutrição e na melhora de meios de acesso à alimentos e na proteção à família para a garantia de alimentação adequada.

O Comentário 12 ao Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais aponta que:

> 6. O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não.[18]

[10] BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 12, 31 dez. 1999. (Seção 1).
[11] BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.
[12] DIMOULIS, op. cit., p. 36.
[13] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 60.
[14] DIMOULIS, op. cit., p. 61-65.
[15] BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas* – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 19.
[16] Id., p. 25.
[17] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensões políticas das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas* – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 72.
[18] VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade*, v. 12, n. 1, p. 51-60, jan. 2003, p. 54. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902003000100008. Acesso em: 05 mar. 2024. Ainda em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos. *Comentário Geral número 12.* O direito humano à alimentação (art.11). p. 2.

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), lei 11.346/2006, criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). O artigo 3º da LOSAN estabelece que:

> segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

A Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) foi instituída pelo Decreto 7.272/2010. Kepple indica que para caracterizar a segurança alimentar deve considerar disponibilidade, acesso econômico e físico, utilização pelo corpo e aproveitamento nutricional por condições sanitárias e a estabilidade do acesso[19].

Conforme elucidado acima, a legislação que protege as crianças e adolescentes determina que sejam criados programas para o desenvolvimento da alimentação saudável. Kirch e Copatti mencionam a Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos, o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)[20].

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) foi implementado no ano de 2009, pela lei 11.947, com intuito de auxiliar no desenvolvimento biopsicossocial, aprendizagem, rendimento escolar e na formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos matriculados na educação básica pública das redes estaduais, distritais e municipais.

Por meio do programa, os nutricionistas elaboram cardápios com alimentos que supram a carência de nutrientes das crianças e adolescentes, visando a efetivação dos bons hábitos no comportamento alimentar e manutenção da saúde. Desse modo, no ano de 2019 em média 40 milhões de estudantes receberam refeições diárias nas escolas.

Por sua vez, a lei nº 11.770/2008 instituiu o Programa Empresa Cidadã. A adesão ao programa implica em prorrogação das licenças paternidade e maternidade ou a redução da jornada de trabalho. A promoção do direito à alimentação adequada inclui a garantia de alimentação pré e pós-natal da genitora.

A pandemia do coronavírus

O SARS-CoV-2 chamado de novo coronavírus eclodiu na China no final de 2019. A humanidade passava a vivenciar uma crise sanitária, de caráter global. A Organização Mundial de Saúde (OMS), em janeiro de 2020, reconheceu formalmente a Emergência de Saúde Pública e a pandemia em março de 2020[21].

No Brasil, as normas editadas pela Portaria MS nº 188/2020, pela lei federal nº 13.979/2020, e pela Portaria MS nº 454/2020 reconheceram a emergência de saúde pública de importância internacional e estabeleceram medidas específicas para tanto. Outras normas foram editadas.

Medidas sanitárias, econômicas e sociais foram implementadas. Dentre elas a restrição de circulação de pessoas, suspensão de aulas, trabalho domiciliar para a maioria das áreas, o distanciamento social e o isolamento. Exceções se davam, como a busca de assistência à saúde, a compra de alimentos e de medicamentos[22].

---

[19] KEPPLE apud IBGE. *Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF 2017-2018*. Análise da segurança alimentar no Brasil. Nota técnica 01/2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024. p. 2.
[20] KIRCH; COPATTI, op. cit., p. 6.
[21] AQUINO, Estela M. L. *et al*. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, supl. 1, p. 2423-2446, 2020. p. 2424.
[22] AQUINO *et al.*, loc. cit.

Com a chegada da pandemia e períodos de isolamento social, os alunos foram impossibilitados de frequentar o ambiente escolar, necessitando que houvesse alteração na modalidade de recebimento das refeições. A permanência em casa, eficiente na contenção da disseminação da doença, também evidenciou problemas estruturais da sociedade, dentre eles a violência familiar, a saúde mental e questões socioeconômicas associadas aos direitos sociais.

Crianças e adolescentes passavam a ter ampliadas diversas vulnerabilidades[23].

> O distanciamento social e a quarentena restringem recursos, muitas vezes, essenciais aos pais no cuidado com as crianças, como por exemplo: creches, escolas, associações e organizações comunitárias, familiares, amigos, vizinhos e demais componentes da rede social de apoio, dificultando, ainda mais, o compartilhamento do cuidado e aumentando a demanda parental;
> O impacto econômico negativo nas famílias, o qual tende a aumentar e gerar preocupações sobre a garantia de subsistência.[24]

O relatório *State of School Feeding Worldwide* (Estado da Alimentação Escolar no Mundo, 2020), apontou que 199 países fecharam suas escolas e 370 milhões de crianças foram repentinamente privadas do que, para muitas, era a única refeição nutritiva do dia.

Muito se diz sobre os deveres familiares. No entanto, "a negligência se configura quando os pais (ou responsáveis) falham em termos de atendimento às necessidades dos seus filhos (alimentação, vestir, etc.) e quando tal falha não é o resultado das condições de vida além do seu controle"[25]. Esse é o caso do direito à alimentação e o caráter prestacional da sua oferta.

Em consequência, no que concerne aos dados governamentais obtidos, nos anos de 2020 e 2021, o número de crianças e adolescentes privados de renda familiar necessária para alimentação adequada teve um aumento de 3,9 milhões[26]. Além disso, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) 6,5 milhões das crianças menores de cinco anos do país viviam em domicílios com algum grau de insegurança alimentar no ano de 2020[27].

A pesquisa "Impactos Primários e Secundários da COVID-19 em Crianças e Adolescentes"[28], realizada pela UNICEF entre julho e novembro de 2020 procurou identificar efeitos da pandemia e vulnerabilidades. Foram entrevistadas 1.516 famílias e a segurança alimentar foi objeto de análise. O trabalho identificou que "mais da metade da população investigada (54%) afirmou ter mudado os hábitos alimentares em casa durante a pandemia"[29] sendo que "o aumento do consumo de alimentos industrializados durante a pandemia continuou maior entre os residentes com crianças ou adolescentes (36%) do que entre os não residentes (24%)[30].

Ainda em relação à insegurança alimentar dos brasileiros, a pesquisa revela que, em novembro de 2020, 13%8 dos entrevistados declaravam que desde o início da pandemia alguém do domicílio havia deixado de comer porque não havia mais dinheiro para aquisição de alimentos – proporção que representa aproximadamente 21 milhões de brasileiros[31].

---

[23] SILVA, Maria Carolina Batista da *et al.* Evidências sobre os impactos da pandemia da covid-19 na violência contra crianças: scoping review. *Texto Contexto Enfermagem*, v. 30, p. 1-14, 2021. p. 3. Disponível em: Https://Doi.Org/10.1590/1980-265x-Tce-2021-0058. Acesso em: 5 mar. 2024.
[24] MELO, Bernardo Dolabella *et al*. *Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19:* violência doméstica e familiar na COVID-19. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Cartilha. p. 8.
[25] AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane. N. de Azevedo apud CONANDA. 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; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p. 36.
[26] UNICEF. IBOPE INTELIGÊNCIA. *Impactos primários e secundários da covid-19 em crianças e adolescentes*. Relatório de análise, 2021.
[27] Ibid.
[28] Ibid.
[29] Ibid., p. 23.
[30] Ibid., p. 26.
[31] Loc. cit.

> Na segunda rodada, a pesquisa voltou a examinar entre residentes com crianças ou adolescentes a incidência de momentos de insegurança alimentar especificamente entre esse público. Em novembro, 8% dos residentes com indivíduos nessa faixa etária declararam que durante a pandemia de COVID-19 as crianças ou adolescentes passaram por momentos em que deixaram de comer por falta de dinheiro para adquirir alimentos, resultado estável em relação à rodada anterior (6%). Na classe DE, os que mencionaram que as crianças ou adolescentes passaram por essas situações representam 19%, mesmo patamar verificado entre aqueles com renda familiar de até um salário mínimo (21%), percentuais significativamente mais altos do que os observados entre indivíduos de classes B (2%) e C (8%), ou nas faixas de renda familiar de mais de um até dois (6%) e mais de dois até cinco salários mínimos (2%).[32]

A Coalização de Refeições Escolares foi instituída a partir do reconhecimento dos impactos da pandemia na alimentação de crianças e da necessidade de garanti-la. A Coalização tanto considerou esses impactos, como também a situação de crianças que estavam sem proteção antes da pandemia.

A Coalização foi formada pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura (UNESCO), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Programa Mundial de Alimentos (WFP), e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

A proposta de coalização aponta relação direta com 7 objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS)[33]: erradicação da pobreza (1), fome zero e agricultura sustentável (2), saúde e bem-estar (3), educação de qualidade (4), trabalho decente e crescimento econômico (8), redução das desigualdades (10) e parcerias e meios de implementação (17).

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, presentes na agenda de 2030 implicam na erradicação da fome, alcance da segurança alimentar, melhora da nutrição, saúde e bem-estar, são direitos garantidos aos indivíduos citados, tanto nas legislações gerais, quanto nas específicas.

Vejamos a nota técnica produzida pelo IBGE no Quadro 1:

Quadro 1 - Descrição dos graus de segurança e insegurança alimentar[34]

Situação de Segurança Alimentar	Descrição
Segurança Alimentar	A família/domicílio tem acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais.
Insegurança Alimentar leve	Preocupação ou incerteza quanto acesso aos alimentos no futuro; qualidade inadequada dos alimentos resultante de estratégias que visam não comprometer a quantidade de alimentos.
Insegurança Alimentar moderada	Redução quantitativa de alimentos entre os adultos e/ou ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos entre os adultos.
Insegurança Alimentar grave	Redução quantitativa de alimentos também entre as crianças, ou seja, ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos entre todos os moradores, incluindo as crianças. Nessa situação, a fome passa a ser uma experiência vivida no domicílio.

Fonte: BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Nota Técnica DA/SAGI/MDS nº 128/2010*: Relatório da Oficina Técnica para análise da Escala Brasileira de Medida Domiciliar de Insegurança Alimentar. Brasília: SAGI/DA, 30 ago. 2010.

[32] UNICEF. IBOPE INTELIGÊNCIA, op. cit., p. 27.
[33] IPEA. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html. Acesso em: 20 mar. 2024.
[34] IBGE, op. cit., 2021, p. 3.

A oferta de alimentação escolar impacta em diversas frentes, destacados pela Coalização. Com efeito, as estratégias apontadas teriam também impacto na educação, saúde e nutrição, transformação do sistema alimentar, ação climática, construção da paz, igualdade e equidade, crescimento econômico[35].

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou na pandemia recomendações para a proteção integral de crianças e adolescentes e em defesa dos seus direitos durante a pandemia (SEI/MDH – 1135379). Dentre elas, a articulação e realização de ações para a proteção de famílias, para a distribuição de alimentos e para a continuidade da alimentação escolar. Dentre as diversas diretrizes, destacam-se:

> 2 - Que as ações em relação às crianças e adolescentes reconheça que a garantia de seus direitos depende também da proteção dos direitos de seus cuidadores primários, vez que o ambiente doméstico deve ser seguro, tanto na perspectiva da saúde física quanto emocional. Famílias em condição de vulnerabilidade social devem receber apoio governamental, com medidas de subsídio financeiro e serviços públicos, que incluem: plano de renda e distribuição de alimentos.
>
> [...]
>
> 6 - Que seja garantida a continuidade da alimentação escolar, por meio de distribuição de refeições ou equivalente em dinheiro, correspondentes ao número normalmente realizadas na escola, a todos as/os alunas/os da rede pública, em âmbito federal, estadual e municipal, adotando as medidas necessárias para evitar o contágio.[36]

A lei 13.987, de 07 de abril de 2020, determinou que fossem distribuídos kits de alimentos às famílias cujos filhos estivessem matriculados em escolas públicas. À vista disso, foi possível constatar que as políticas públicas brasileiras não foram suficientes para suprir a escassez nutricional do grupo estudado, tendo em face o aumento do índice em relação à vulnerabilidade da alimentação.

O módulo de Segurança Alimentar da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua divulgou que em 2023, 27,6% dos lares no Brasil apresentaram dificuldade de acesso permanente à alimentação adequada[37]. Ainda, 4,5% de crianças entre zero e quatro anos de idade estavam em situação de insegurança alimentar grave. De cinco a dezessete anos esse número era de 4,9%.

Os números são maiores ao se referir a lares com renda inferior a um salário mínimo e lares com trabalhadores informais ou domésticos. A questão racial é muito presente na violação desse direito, pois 58,1% das situações de insegurança alimentar grave o responsável era pardo, enquanto 23,4% eram brancos[38].

A frequência nos ambientes que proporcionam ingestão de alimentos saudáveis já não era a mesma, por isso em razão da permanência desses grupos em casa, o consumo de alimentos com valor nutricional baixo aumentou, bem como ocorreu a diminuição na rotina de exercícios, uma vez que suas atividades migraram para a modalidade online.

O Departamento Científico de Nutrologia da Sociedade Brasileira de Pediatria[39] reforça que os bons hábitos alimentares promovem o crescimento e desenvolvimento adequados, bem como otimizam o funcionamento dos órgãos, sistemas e aparelhos, atuando na prevenção de doenças em curto e longo prazo (anemia, obesidade e doenças crônicas não transmissíveis).

---

[35] Disponível em: https://schoolmealscoalition.org/. Acesso em: 05 mar. 2024.
[36] BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19*. Brasília: SEI/MDH. Publicado em 19 maio 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/recomendacoes-conanda/recomendacao-no-01-de-23-de-marco-de-2020.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.
[37] IBGE, op. cit., 2023.
[38] Ibid.
[39] SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Departamento de Nutrologia. *Manual de Alimentação*: orientações para alimentação do lactente ao adolescente, na escola, na gestante, na prevenção de doenças e segurança alimentar. 4. ed. São Paulo: SBP, 2018.

Para que as crianças e adolescentes cresçam saudáveis é necessário que haja o acompanhamento do comportamento alimentar, uma vez que o desequilíbrio nutricional poderá acarretar problemas como: anemia, emagrecimento ou obesidade, cansaço a longo prazo e até mesmo distúrbios psicológicos e motores[40].

Considerações finais

Durante o período de pandemia foram implementadas diversas medidas de enfrentamento à emergência sanitária. Uma das principais medidas foi o isolamento social, com intuito de evitar a proliferação do vírus da covid-19. No entanto, o fechamento e ou suspensão de atividades presenciais em locais como escolas e projetos sociais, causou grande impacto no âmbito da alimentação.

Crianças e adolescentes reduziram o consumo de alimentos com alto índice nutricional. Posto isto, constatou-se que houve grande dificuldade no mantimento dos bons hábitos alimentares, pois, as políticas públicas como PNAE não obtiveram o êxito necessário na distribuição dos alimentos enquanto os estudantes se encontravam em casa.

Outrossim, no que diz respeito aos impactos na saúde, foi observada maior exposição às telas e consumo de alimentos processados e enlatados, em razão da facilidade de armazenamento. Segundo a Sociedade Brasileira de Pediatria[41], as medidas restritivas geraram impactos diretos na alimentação infantil e na prática de atividades físicas, causando assim, elevados índices de obesidade.

Nesse sentido, a partir do estudo da legislação aplicável e das políticas públicas executadas, comparados com os dados governamentais, constatam-se inobservâncias que geraram consequências a este grupo, tendo em vista a limitação de acesso, a diminuição do valor nutricional devido à maior ingestão de alimentos não-saudáveis e situações de desnutrição e obesidade.

Logo, perante esta situação, Souza *et al*.[42] afirmam que podem também ser causados distúrbios endócrinos, representados por resistência insulínica, diabetes *mellitus* tipo 2, hiperandrogenismo em meninas e anormalidades no crescimento, bem como, prejuízos cardiovasculares, acompanhados de elevação da pressão arterial, dislipidemias, modificações estruturais e funcionais do coração e desenvolvimento e evolução precoces de placa aterosclerótica; ademais obesidade também se relaciona com problemas ortopédicos, como deformidades, fraturas, mialgias e, consequentemente, maiores prejuízos na mobilidade, assim como desordens acometem os sistemas hepático, renal, respiratório, tegumentar e nervoso.

Os hábitos alimentares das crianças e adolescentes no Brasil durante o período de pandemia recaíram. Ainda que medidas tenham sido implementadas e os hábitos alimentares não tiveram melhora significativa.

A permanência em casa gerou sequelas na alimentação, seja por desnutrição ou obesidade. Por fim, através da busca de soluções para implementação da subsistência adequada, foi entendido que há necessidade de uma maior vigilância sobre os hábitos alimentares das crianças e adolescentes; cabendo ao Estado promover a conscientização da sociedade, por meio de instrução da população nas escolas, postos de saúde, eventos municipais, e até mesmo redes sociais, visando um maior alcance às informações.

Finalmente, foram buscadas soluções para as sequelas causadas nos hábitos alimentares, pela pandemia; sendo verificadas hipóteses como: a melhora na fiscalização do cumprimento legislativo pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), juntamente com o Conselho Estadual dos Direitos da

[40] MACHADO, Maria Elizabeth. Alimentação inadequada pode afetar o desenvolvimento infantil. *Jornal da USP*, 22 jan. 2021. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/alimentacao-inadequada-pode-afetar-o-desenvolvimento- infantil-da-crianca/. Acesso em: 28 ago. 2023.
[41] SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Departamento Científico de Endocrinologia. *Nota de Alerta*. Vitamina D e COVID-19. Rio de Janeiro: SBP, 2020.
[42] SOUZA, Graziela Cesar de *et al*. A pandemia de COVID-19 e suas repercussões na epidemia da obesidade de crianças e adolescentes. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 12, 2020. Disponível em: https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/4743/3392. Acesso em: 28 ago. 2023.

Criança e do Adolescente (CONDECA) e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), desenvolvendo rede de apoio para compensação da falta nutricional gerada anteriormente; assim sendo, outro recurso que poderia ser implementado é a criação de novas políticas públicas, as quais deverão fazer parte dos ambientes frequentados pelas crianças, adolescentes e seus responsáveis, com intuito de instruí-las de maneira simplificada.

Referências

AQUINO, Estela M. L. *et al*. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, supl. 1, p. 2423-2446, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

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: 15 mar. 2024.

BRASIL. Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial*, Brasília, DF, p. 12, 31 dez. 1999. (Seção 1).

BRASIL. Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006. Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN). *Diário Oficial da União*, 18 set. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19*. Brasília: SEI/MDH. Publicado em 19 maio 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/recomendacoes-conanda/recomendacao-no-01-de-23-de-marco-de-2020.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Nota Técnica DA/SAGI/MDS nº 128/2010*: Relatório da Oficina Técnica para análise da Escala Brasileira de Medida Domiciliar de Insegurança Alimentar. Brasília: SAGI/DA, 30 ago. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas* – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CONANDA. 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; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBGE. *Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF 2017-2018*. Análise da segurança alimentar no Brasil. Nota técnica 01/2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

IBGE. *PNAD contínua.* 2023. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html. Acesso em: 5 mar. 2024.

IPEA. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html. Acesso em: 20 mar. 2024.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. O direito à alimentação de crianças e adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do estado e da sociedade civil em prol da concretização. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, n. 26, p. 1-17, 2014.

MACHADO, Maria Elizabeth. Alimentação inadequada pode afetar o desenvolvimento infantil. *Jornal da USP*, 22 jan. 2021. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/alimentacao-inadequada-pode-afetar-o-desenvolvimento- infantil-da-crianca/. Acesso em: 28 ago. 2023.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensões políticas das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas* – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MELO, Bernardo Dolabella *et al*. *Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19:* violência doméstica e familiar na COVID-19. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Cartilha.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos. *Comentário Geral número 12.* O direito humano à alimentação (art.11).

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: 15 mar. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Emenda à Constituição 21 de 2001*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/47868. Acesso em: 5 mar. 2024.

SILVA, Maria Carolina Batista da *et al.* Evidências sobre os impactos da pandemia da covid-19 na violência contra crianças: scoping review. *Texto Contexto Enfermagem*, v. 30, p. 1-14, 2021. Disponível em: Https://Doi.Org/10.1590/1980-265x-Tce-2021-0058. Acesso em: 5 mar. 2024.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Departamento de Nutrologia. *Manual de Alimentação*: orientações para alimentação do lactente ao adolescente, na escola, na gestante, na prevenção de doenças e segurança alimentar. 4. ed. São Paulo: SBP, 2018.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Departamento Científico de Endocrinologia. *Nota de Alerta.* Vitamina D e COVID-19. Rio de Janeiro: SBP, 2020.

SOUZA, Graziela Cesar de *et al*. A pandemia de COVID-19 e suas repercussões na epidemia da obesidade de crianças e adolescentes. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 12, 2020. Disponível em: https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/4743/3392. Acesso em: 28 ago. 2023.

UNICEF. IBOPE INTELIGÊNCIA. *Impactos primários e secundários da covid-19 em crianças e adolescentes*. Relatório de análise, 2021.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade*, v. 12, n. 1, p. 51-60, jan. 2003. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902003000100008. Acesso em: 5 mar. 2024.

Obras consultadas

BRASIL. Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 out. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992.* Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

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, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Lei no 13.987, de 07 de abril de 2020. Altera a Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica. *Diário Oficial da União*, 7 abr. 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13987.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Resolução n. 2, de 9 de abril de 2020. Dispõe sobre a execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE durante o período de estado de calamidade pública. *Diário Oficial*, 9 abr. 2020b. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2-de-9-de-abril-de-2020-252085843. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Programa Nacional de Alimentação Escolar*. Recomendações para a Execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar no Retorno Presencial às Aulas Durante a Pandemia da Covid-19: Educação Alimentar e Nutricional e Segurança dos Alimentos. Brasília: Ministério da Educação, 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/fnde/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/pnae/manuais-e-cartilhas/recomendacoes-para-a-execucao-do-programa-nacional-de-alimentacao-escolar-no-retorno-presencial-as-aulas-durante-a-pandemia-da-covid-19-educacao-alimentar-e-nutricional-e-seguranca-dos-alimentos-1. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. *Balanço do MEC 2019*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/images/Balanco-MEC-2019.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

CABRAL, Umberlândia. *10,3 milhões de pessoas moram em domicílios com insegurança alimentar grave*. Agência de Notícias IBGE, 14 nov. 2020. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28903-10-3-milhoes-de-pessoas-moram-em-domicilios-com-inseguranca-alimentar-grave. Acesso em: 28 ago. 2023.

LAMOUNIER, Joel Alves. *Nutrição infantil, atividade física e a pandemia pelo coronavírus.* Residência Pediátrica, 2021. Disponível em: https://residenciapediatrica.com.br/detalhes/1024/nutricao%20infantil-%20atividade%20fisica%20e%20a%20pandemia%20pelo%20coronavirus. Acesso em: 28 ago. 2023.

LEÃO, Marília (org.). *O direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional.* Brasília: ABRANDH, 2013.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 2* – Fome zero e agricultura sustentável. 2015a. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/2. Acesso em: 28 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 3* – Saúde e Bem-Estar. 2015b. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3.Acesso em: 28 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os direitos das crianças e dos adolescentes e por que eles são importantes*. UNICEF. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes-e-por-que-eles-sao-importantes. Acesso em: 28 ago. 2023a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Há 32 milhões de crianças e adolescentes na pobreza no Brasil, alerta UNICEF*. UNICEF, 2023b. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/ha-32-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-na-pobreza-no-brasil-alerta-unicef#:~:text=Entre%202020%20e%202021%2C%20o,quanto%20para%20brancos%20e%20amarelos. Acesso em: 28 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1998.

UNICEF. *Novo relatório do WFP revela dados importantes sobre alimentação escolar, incluindo o Brasil*. Nações Unidas Brasil, 2021. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/113520-novo-relat%C3%B3rio-do-wfp-revela-dados-importantes-sobre-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar-incluindo-o-brasil.Acesso em: 28 ago.2023.

WFP. FAO. UNICEF. *Mitigação dos efeitos da pandemia da COVID-19 na alimentação e nutrição das crianças em idade escolar*. 2020. Disponível em: https://www.wfp.org/publications/mitigating-effects-covid-19-pandemic-food-and-nutrition-schoolchildren. Acesso em: 28 ago. 2023.

ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente.* São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Obrigação de meio ou obrigação de resultado: a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em caso de cirurgia estética

ISABELLE ANASTÁCIO
MONIELLI PERES
Graduandas do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

MILENA BUZO
Egressa do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

YURI MARTINS
Egresso do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogado.

MÁRCIA MARIA MENIN
Mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Resumo: A presente pesquisa aborda a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico estético em caso de danos ocasionados ao paciente ou não alcance do resultado por ele esperado. A relevância do trabalho surge diante da divergência de entendimentos que pode ser observada na doutrina e na jurisprudência contemporânea, notadamente no que concerne à natureza da obrigação assumida pelo profissional, se seria ela uma obrigação de meio ou de resultado, fato este que enseja considerável insegurança jurídica. Assim, o objetivo específico da pesquisa é, demonstrar os posicionamentos existentes, bem como esclarecer a importância do debate, tendo em vista que atualmente prevalece a visão de que o médico cirurgião plástico estético assume obrigação de resultado. Esse fato acarreta a inversão do ônus *probandi*, o que insere, por vezes, este prestador de serviços em uma posição severamente desfavorável se comparado com outros profissionais liberais. A presente pesquisa envolveu a análise bibliográfica e documental sobre o tema com o intuito de atingir o objetivo geral que se propõe, qual seja, a necessária revisitação da natureza jurídica da obrigação do médico cirurgião plástico que executa cirurgias estéticas.

Palavras-chave: Obrigação. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Médico cirurgião plástico. Escolha esclarecida.

Abstract: This research addresses the civil liability of the aesthetic plastic surgeon in case of damage caused to the patient or failure to achieve the result expected by him. The relevance of the work arises from the divergence of understandings that can be observed in contemporary doctrine and jurisprudence, notably with regard to the nature of the obligation assumed by the professional, whether it would be an obligation of means or result, a fact that gives rise to considerable insecurity legal. Thus, the specific objective of the research is to demonstrate the existing positions, as well as to clarify the importance of the debate, considering that currently prevails the view that the aesthetic plastic surgeon assumes the obligation of results. This fact entails the reversal of the probandi burden, which sometimes puts this service provider in a severely unfavorable position compared to other liberal professionals. This research involved a bibliographical and documentary analysis on the subject in order to achieve the general objective that is proposed, that is, the necessary revisitation of the legal nature of the obligation of the plastic surgeon who performs aesthetic surgeries.

Keywords: Obligation. Civil liability. Plastic surgery. Plastic surgeon physician. Informed choice.

Introdução

A presente pesquisa tem por objeto o estudo da responsabilidade civil aplicada ao médico cirurgião plástico, com ênfase na cirurgia plástica meramente estética. Para tanto, levar-se-á em consideração o médico enquanto profissional liberal, isto é, não submetido à vinculo de subordinação com hospitais ou clínicas.

A pertinência e relevância da pesquisa se fazem presentes, tendo em vista que paira sobre o tema divergências acerca da natureza da obrigação assumida pelo profissional, se seria uma obrigação de meio ou de resultado, o que causa severa insegurança jurídica, notadamente considerando as suas consequências práticas no momento de definir a responsabilização.

De qualquer forma, antes de aprofundarmos no tema da responsabilidade, ou, ainda, da natureza da obrigação, é de suma importância dizer que o médico, seja qual for a sua especialidade, é considerado um profissional liberal, ou seja, um prestador de serviços. Nesse sentido, a relação jurídica comercial estabelecida entre o médico e seu paciente reside no campo do direito do consumidor, sendo, portanto, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, é extremamente relevante pontuar que o Código de Defesa do Consumidor prevê regime específico no que concerne à responsabilidade civil porquanto consagra em seu bojo, como regra, o dever de indenizar independentemente de culpa, fato que ocasiona benesses ao consumidor, considerado, por presunção absoluta, a parte vulnerável da relação jurídica consumerista.

Diante disso, pelo que dispõe o art. 12, *caput*, bem como o art. 14, *caput*, da indigitada legislação protetiva, os fornecedores terão responsabilidade civil objetiva caso o seu produto ou serviço venha a violar a incolumidade físico-psíquica ou patrimonial do consumidor ocasionando-lhes acidente de consumo. Assim, a título de exemplo, o fornecedor de certo automóvel que violar o dever de segurança e causar danos ao consumidor será responsabilizado pelo fato do produto, por sua vez, o prestador de serviços médico-hospitalares que causar danos de ordem patrimonial ou moral ao consumidor deverá responder pelo fato do serviço.

A despeito do acima disposto, o Código de Defesa do Consumidor trouxe determinação diversa quanto à responsabilidade civil do profissional liberal, dado que, em seu art. 14, §4°, aduz que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Nesse aspecto, a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, objeto de estudo da presente pesquisa, ganha especial relevância, haja vista que, por ser profissional liberal, goza de tratamento diferenciado.

Entretanto, na prática, conforme já pontuado anteriormente, perdura a divergência de entendimentos sobre o tema, isto é, tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência não possuem definição pacificada quanto à natureza da obrigação, se seria uma de obrigação de meio ou de resultado. Há que se frisar que, ainda hoje, prevalece a visão de que a obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico que realiza cirurgias meramente embelezadoras é considerada de resultado, sem o qual restaria inadimplido o contrato, ensejando a responsabilização.

Ocorre que, conforme se verá no decorrer do estudo, há autores que entendem que a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico estético deve ser considerada de meio, tal qual a dos demais profissionais liberais, inclusive médicos de outras especialidades. O próprio Superior Tribunal de Justiça já deu mostras de adotar esse entendimento, contudo, ao longo do tempo consolidou o entendimento oposto, colocando o cirurgião plástico estético em situação desfavorável quando da ocorrência de danos ou não alcance do resultado pretendido pelo paciente.

Assim, entende-se que a distinção entre a natureza da obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de absoluta importância, porquanto a que for adotada terá o condão de gerar diversos desdobramentos no campo da responsabilidade civil do médico. Nesse cenário, o presente estudo buscou, sem pretensão de esgotar o tema, apresentar aquilo que melhor se adequa aos ditames do Direito contemporâneo, mormente sob a ótica do Direito do Consumidor, ressaltando-se a necessidade de revisão do entendimento majoritariamente adotado pela doutrina e jurisprudência pátria.

A obrigação de meio e a obrigação de resultado e a importância da sua conceituação no âmbito da responsabilidade civil

Como sabido, considera-se relação jurídica obrigacional o vínculo jurídico existente entre sujeitos de direito pelo qual o devedor se obriga a cumprir determinada obrigação em favor do credor. O objeto imediato de referida relação consiste em uma obrigação de dar coisa certa ou incerta, fazer ou não fazer. Nesse cenário, Carlos Roberto Gonçalves:

> A obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.[1]

Na mesma linha de raciocínio, nos ensina Clóvis Beviláqua:

> Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.[2]

Nesse sentido, a obrigação pode ser classificada, quanto à sua natureza, de duas formas distintas, ou seja, como obrigação de meio ou de resultado. Referida classificação possui importância ímpar, uma vez que, a depender da natureza da obrigação, diversas serão as consequências no âmbito da responsabilidade civil.

Em linhas gerais, para que possamos entender a diferenciação, a obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a utilizar de todo o seu conhecimento técnico, diligência e prudência para atingir o resultado esperado pelo credor, todavia, sem obrigar-se a resultado certo e determinado. Conforme definição de Maria Helena Diniz:

> A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só será adimplida com a efetiva produção do resultado colimado.[3]

Diante disso, na obrigação de meio, caso verifique-se a existência de danos, caberá ao credor o ônus da prova, ou seja, o sujeito ativo é incumbido de provar que o profissional - sujeito passivo e possível agente ofensor - não usou de todo o seu conhecimento para cumprir a obrigação ou, ainda, que agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Ainda conforme Maria Helena Diniz:

> [...] nessa relação obrigacional [de meio] o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver a seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor; logo, liberado estará da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independente da consecução efetiva do resultado. O obrigado só será responsável se o credor provar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal.
> [...] assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado ficará constituído em mora, de modo que lhe competirá provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua, mas de caso fortuito ou força maior, pois só assim se exonerará da responsabilidade.[4]

Por outro lado, na obrigação de resultado o devedor obriga-se a atingir um resultado específico. Destarte, na referida modalidade de obrigação, há, no mínimo, uma inversão do ônus, uma vez que caberá ao sujeito passivo a comprovação de sua não-culpa, isto é, compete ao devedor a obrigação de provar que o resultado esperado aconteceu em razão da existência de caso fortuito ou força maior, fato exclusivo de terceiro ou culpa exclusiva da vítima, hipóteses que serão tratadas em momento oportuno quando do estudo das excludentes de responsabilidade civil. Fazendo referência a diversos doutrinadores, sintetiza Flávio Tartuce: "como decorrência lógica dessa conclusão conceitual, afirma-se que a obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado ocasiona a responsabilidade objetiva ou a culpa presumida"[5].

---

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Teoria geral das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 21.
[2] BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 14.
[3] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva,1984-1985. p. 162-163.
[4] Loc. cit.
[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Direito do consumidor*. Direito material. Direito processual. 7. ed. São Paulo: Direito Processual. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 159.

A responsabilidade civil do médico cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado?

Considerações gerais sobre a responsabilidade civil do médico

Inicialmente, impende afirmar que a cláusula geral de responsabilidade civil, insculpida no artigo 927, do Código Civil de 2002, impõe o dever de indenizar àquele que, por meio de ato ilícito, cause danos a alguém. Entretanto, há que se frisar que o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, evidencia que haverá o dever de reparar o dano, independentemente de culpa, observados os casos especificados em lei, ou, ainda, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Sendo assim, nesses casos o autor é obrigado a responder segundo a responsabilidade civil objetiva, ou seja, não será necessária a comprovação de culpa do suposto agente ofensor.

Portanto, resta evidente que o Código Civil trouxe duas posições a respeito da responsabilidade civil. Assim, como regra geral o diploma civil apresenta a responsabilidade civil subjetiva e, nos casos em que ela ocorre, a vítima do dano deverá comprovar a culpa do agente ofensor. Por sua vez, o mesmo diploma legal concede, como exceção, casos que versarão sobre responsabilidade civil objetiva. Nesse caso a vítima do dano restará dispensada da comprovação de culpa do suposto agente ofensor, bastando apenas a comprovação do nexo causal entre a conduta ilícita praticada e seu correspondente dano. Sobre a responsabilidade civil objetiva, discorre Carlos Roberto Gonçalves:

> A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.
> Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.[6]

O Código de Defesa do Consumidor instituiu um sistema de responsabilização própria. Com o escopo de regulamentar a proteção e a defesa do consumidor, tido como parte vulnerável na relação jurídica, o referido diploma definiu que os fornecedores de serviços estão submetidos a responsabilidade civil objetiva, não sendo necessária, por conseguinte, a comprovação de culpa.

Ocorre que a norma traz consigo uma diferenciação de tratamento no que tange os profissionais liberais - caso dos profissionais da medicina. Em que pese que o Código de Defesa do Consumidor tenha definido a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços como regra, trouxe, no bojo do §4º, do artigo 14, uma importante exceção. Isso porque a lei deixa expresso que a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, há responsabilização subjetiva, não obstante, haja relação de consumo.

Diante do exposto, e adentrando ao tema proposto, de acordo com a legislação consumerista, o profissional da medicina em caso de dano ocasionado ao seu paciente, será responsabilizado civilmente se houver a comprovação de sua conduta culposa, ou seja, a vítima do dano deverá atestar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Ademais, tem-se que a obrigação pelo médico assumida, por regra, traduz-se em obrigação de meio, porquanto o objeto dessa relação jurídica consumerista não consiste na cura do paciente, mas no dever do médico de realizar a sua atividade com prudência, concentrando todos os seus esforços para empregar o melhor tratamento em busca da cura do paciente, entretanto, jamais poderia garantir tal cura como resultado certo e

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

exigível. É certo que raciocínio oposto certamente geraria responsabilizações absurdas, uma vez que o médico lida com o corpo humano e suas vicissitudes, sendo impossível, por isso, que se garanta a cura. Além disso, o resultado não depende apenas da conduta diligente do profissional, como também de uma série de fatores externos, por vezes imprevisíveis e incontroláveis.

Sobre a obrigação de meio do médico, leciona José de Aguiar Dias:

> [...] Isto porque a obrigação que tais profissionais [médicos] assumem é uma obrigação de meio e não de resultado. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.[7]

Contudo, frisa-se, o mesmo entendimento não prevalece quando se trata de procedimentos cirúrgicos realizados pelo cirurgião plástico, notadamente quando se trata de cirurgia estética. A despeito dessa temática ser abordada em tópico posterior, importa já introduzir em singela síntese que a doutrina tradicional bem como o Superior Tribunal de Justiça se posicionam no sentido de que a atividade desempenhada pelo médico cirurgião plástico comporta uma obrigação de resultado, fato que modifica todo o regime da responsabilização civil, uma vez que o profissional estaria obrigado a alcançar o resultado esperado pelo paciente, sem o qual haveria inadimplemento. Neste caso, como supradito, caberia à vítima do dano, apenas alegar a culpa do médico, devendo este comprovar sua inocência, o que caracterizaria o regime de responsabilidade civil por culpa presumida, ou, como defendem alguns, tratar-se-ia de responsabilidade civil meramente objetiva, sem haver qualquer discussão de culpa durante o trâmite processual.

Efetuadas essas breves considerações introdutórias, parte-se para o detalhamento do tema proposto pela presente pesquisa.

1.1. A cirurgia plástica estética e a cirurgia plástica reparadora

Diferentemente do difundido pelo senso comum, a cirurgia plástica é um ramo da medicina sobre o qual existem diversos procedimentos que podem ou não ter somente finalidade estética. Nesse sentido, inúmeras são as intervenções de caráter corretivo que um profissional da área pode realizar, como ocorre, dentre outros, nos casos de pacientes que sofreram queimaduras, que foram vítimas de acidentes automobilísticos ou, ainda, os pós bariátricos. Em todos esses casos os procedimentos cirúrgicos mostram-se necessários para o retorno, ainda que mínimo, da antiga autoestima do paciente.

Desse modo, "a cirurgia reparadora é procedimento indispensável à preservação da integridade física e para as atividades familiares, laborais e sociais da vida do paciente, como sucede, geralmente, nas ocorrências acidentais, em que há consequências deformadoras do corpo físico"[8].

Logo, esse tipo de intervenção é realizado em estruturas anormais do corpo cujas origens encontram-se em problemas congênitos, de desenvolvimento, de crescimento, traumas, infecções, doenças, dentre outros. Assim, ela é considerada uma cirurgia que envolve a saúde do paciente, pois auxilia também em sua recuperação psicológica, por meio da melhora tanto na aparência física, quanto na melhora de seus sintomas psicológicos.

Lado outro, a cirurgia plástica estética é, por excelência, um procedimento cirúrgico exclusivamente de natureza embelezadora, com propósito de favorecer a aparência, assim corrigindo imperfeições ou melhorando formas e contornos. "O resultado esperado de uma cirurgia plástica estética é o 'embelezamento', isto é, a

[7] DIAS, José de Aguiar. Atividade profissional. *In*: DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 297.
[8] CIONE, Larissa Beschizza; NEME, Eliana Franco. Responsabilidade civil do cirurgião plástico. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 63-82, jul./set. 2022. p. 69.

obtenção de características físicas que resultam no agrado do próprio paciente, e na suposição de que assim também reajam os conviventes"[9].

Os dois tipos de cirurgias supracitadas, além de possuírem conceitos e finalidades diferentes no campo médico, para o Direito, mais especificamente no campo da responsabilidade civil, também possuem implicações diferentes.

Quanto à cirurgia plástica reparadora, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de meio. Nesse caso, o cirurgião plástico não se obriga a um resultado certo e determinado, mas sim se utiliza de forma diligente de todo seu conhecimento técnico e científico para conseguir obter o resultado pretendido pelo paciente.

Em sentido oposto, na hipótese da cirurgia plástica meramente estética, a atividade médica assume uma obrigação de resultado[10]. Entende-se que, quando da contratação dos serviços, há uma promessa de resultado, um êxito que parte do médico para o paciente, de modo que, se tal promessa não for alcançada, o profissional poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos causados, isto é, pelo inadimplemento da obrigação. Corroborando com o entendimento clássico, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, lecionam:

> Em se tratando de cirurgia plástica estética, haverá, segundo a melhor doutrina, obrigação de resultado. Entretanto, se se tratar de cirurgia plástica reparadora (decorrente de queimaduras, por exemplo), a obrigação do médico será reputada de meio, e a sua responsabilidade excluída, se não conseguir recompor integralmente o corpo do paciente, a despeito de haver utilizado as melhores técnicas disponíveis.[11]

Assim, na obrigação de resultado mostra-se presente a presunção de culpa do fornecedor de serviço, no caso, o médico cirurgião plástico. Do exposto, conforme dito alhures, a vítima deverá apenas alegar a ocorrência do dano e caberá ao médico - para eximir-se do dever de indenizar - comprovar que o dano ocasionado ao paciente não está vinculado com a prestação de seus serviços.

A premissa acima, pode ser observada no seguinte julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que entende que a obrigação do médico cirurgião plástico estético configura obrigação de resultado, com a devida inversão do ônus da prova por haver presunção de culpa do médico, fornecedor do serviço:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC.
> 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.395.254/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013.).[12]

[9] CIONE; NEME, op. cit., p. 72.

[10] Flávio Tartuce ao discorrer sobre a obrigação de resultado do cirurgião plástico informa: "Em certo sentido, a afirmação, no caso brasileiro, parece decorrer da evolução a respeito do contrato de transporte, desde o Decreto-lei 2.681, de 1912, que trata da responsabilidade das empresas de estradas de ferro e que passou a ser aplicada por analogia a todos os tipos de transporte. A citada norma previa a culpa presumida das transportadoras, havendo evolução para a responsabilidade sem culpa ou objetiva. Diante da cláusula de incolumidade presente no transporte, relativa a uma obrigação de resultado de levar a pessoa ou a coisa até o destino com segurança, a afirmação que relaciona a obrigação de resultado à responsabilidade sem culpa ganhou força no cenário brasileiro. Do transporte, passou a premissa teórica relativa às obrigações de resultado a atingir os médicos que assumem obrigação de fim, mais especificamente os médicos-cirurgiões plásticos estéticos, no caso de cirurgia embelezadora, conforme várias decisões de nossos Tribunais". Cf. NEVES; TARTUCE, op. cit., p. 159.

[11] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 249.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.395.254 – SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. J. 15.10. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301322429&dt_publicacao=29/11/2013. Acesso em: 22 abr. 2023.

Ainda, nesse mesmo sentido:

> "Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da 'vítima' (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 236.708/MG – Quarta Turma – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) – j. 10.02.2009 –DJe 18.05.2009).[13]

Entretanto, observa-se que, aos poucos, posicionamentos diversos surgem no sentindo de interpretar a obrigação do médico cirurgião plástico como uma obrigação de meio[14]. Isso porque cada paciente possui mecanismos fisiológicos singulares sendo a reação do organismo, por vezes, indesejada e imprevisível ainda que haja sido empregada a melhor técnica e toda a diligência por parte do profissional. Ainda, a apreciação do resultado na cirurgia plástica embelezadora é subjetiva, porquanto pode evidenciar considerável insucesso sob a perspectiva do paciente, enquanto que para o médico ou outras pessoas de fora da relação médico-paciente, pode representar importante êxito, notadamente diante das limitações e características que cada corpo humano pode apresentar.

Nessa direção já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que considerou, a despeito da insatisfação do paciente o resultado na medida do esperado:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Cirurgias plásticas estéticas. Hipótese em que, apesar da insatisfação da autora quanto aos seus resultados, tecnicamente estas ocorreram dentro dos parâmetros da boa medicina. Resultado esteticamente melhor, sendo o esperado para seu caso. Inexistência do insucesso alegado. Melhora da sua aparência física – Indenização indevida. Apelação do réu provida, prejudicada a da autora. (TJSP. Apelação Cível nº 9102185-51.2009.8.26.0000. Rel. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Catanduva – 3ª Vara Cível, j. 11.9.2012, registro: 13.9.2012).

Pelo exposto urge que a atividade do médico cirurgião plástico seja considerada como obrigação de meio sob pena de que se caminhe por uma grande trilha de injustiças. Conforme entendimento de Miguel Kfouri Neto:

---

[13]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial nº236.708/MG.* Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. J. 10.02.2009. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/4173668. Acesso em: 22 abr. 2023. Insta informar, ademais, que há decisões judiciais que demonstram posicionamento segundo o qual haveria responsabilidade civil objetiva do médico a depender de sua especialidade. No sistema de culpa presumida se o agente ofensor comprovar que não teve culpa, não terá obrigação de indenizar, contudo, na responsabilidade civil objetiva o dever de reparar o dano apenas será excluído se comprovada uma das excludentes do nexo causal, quais sejam, culpa ou fato exclusivo da vítima; culpa ou fato exclusivo de terceiro; caso fortuito ou força maior. Para elucidar a presente afirmação, salienta-se a decisão judicial extraída do Superior Tribunal de Justiça: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de indenização. Erro médico. Diagnóstico de gestação gemelar. Existência de um único nascituro. Dano moral configurado. Exame. Obrigação de resultado. Responsabilidade objetiva. Agravo regimental improvido. I. O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. II. O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial no. 744.181/RN. Relator: Min. Sidnei Beneti. J. 11.11.2008 – *DJe* 26.11.2008. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2025314/inteiro-teor-12227379. Acesso em: 22 abr. 2023).

[14] A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.621/2001 em seu bojo há anos já demonstra entendimento segundo o qual trata-se de obrigação de meio a atividade do cirurgião plástico, qualquer que seja sua especialidade. Desse modo: Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento. Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado.

> Em qualquer hipótese, não milita em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade civil sem culpa. Por fim, as novas tendências verificadas no âmbito da prova da culpa médica, em especial a atribuição dinâmica do encargo probatório, não mais justificam que apenas ao cirurgião plástico seja aplicado tratamento diferenciado, gravoso.[15]

Seguindo esta mesma orientação, Giselda Hironaka:

> Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o valor humano relativo ao padrão de beleza é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém se reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face...sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar, se possível. E isto gera o sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência técnica e da diligência médica. O que fazer, num caso assim, em sede de responsabilidade civil do cirurgião? Ele é responsável pela frustração do paciente, ainda quando o tenha preparado convenientemente e tenha, principalmente, dedicado sua maior e melhor atuação técnica. Nesse passo, já há uma parte da doutrina e jurisprudência posicionando-se em sentido diverso, ou seja, entendendo configurar-se em obrigação de meio este tipo de atividade médica, a cirurgia estética.[16]

É necessário que se passe a ter um olhar mais atento e cauteloso com relação a cirurgia plástica estética. Os tribunais devem observar de forma rigorosa a conduta, diligente, prudente e o uso da boa medicina pelo médico antes de condená-lo ao pagamento de indenização por não atingimento do resultado esperado pelo paciente, agindo assim, de forma consentânea com a ciência médica e a ética jurídica.

Parece que o panorama clássico até então vivenciado pelos tribunais brasileiros começa a ter indícios de modificação, embora lenta e gradual. É o caso de decisão emblemática proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que considerou a atividade do cirurgião plástico estético como obrigação de meio:

> Não me parece, *data venia*, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam à qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento específico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. […]. Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgia sem risco.[17]

Ainda, verifica-se a decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas:

> Processo Inflamatório Crônico. Ação Ordinária de Indenização. Responsabilidade Civil. Erro Médico. A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa. Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as consequências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório crônico e inespecífico. Recurso Provido. (TJ AL-Ap. Civ. 9038 - Capital. Rel. Des. B. Barreto Accioly. Julgamento: 30/08/89).[18]

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo que de forma isolada, já demonstrou o entendimento segundo o qual a cirurgia plástica embelezadora configura-se uma obrigação de meio[19].

---

[15] KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e o ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[16] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 39, p. 503-512, jan./abr. 2004.

[17] GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*, v. 10, n. 37, p. 105-129, jan./mar. 2009. p. 109.

[18] SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do consumidor comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999. p. 275.

[19] A despeito disso em rápida busca mostra-se evidente que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda concebe como obrigação de resultado a atividade praticada pelo cirurgião plástico em caso de cirurgias estéticas. Alguns exemplos: a) REsp 1468756. Relator(a) Ministro Moura Ribeiro. Data de publicação 27/03/2015. Recurso especial nº 1.468.756 - DF (2014/0173852-5); b) AREsp 334756. Relator(a) Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Data da publicação: 31/03/2015. Agravo em recurso especial nº 334756 - RJ (2013/0127613-0); c) Ag 1359322. Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data da publicação: 20/09/2011; d) Agravo de instrumento nº 1.359.322 - SP (2010/0180665-5). e) Ag 1151306. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data da publicação 26/10/2010. Agravo de instrumento nº 1.151.306 - RS (2009/0012581-6).

> CIVIL. CIRURGIA. SEQUELAS. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. CULPA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2. Em razão disso, no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva.3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença. (REsp n. 196.306/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 3/8/2004, DJ de 16/8/2004, p. 261).[20]

A mudança de interpretação na aplicação de obrigação de meio ou resultado hoje não se dá de forma automatizada, conforme visto, mas evidencia-se que é possível o entendimento de que também na cirurgia plástica com finalidade puramente estética, o médico assume apenas obrigação de meio, dado que os resultados pretendidos em uma cirurgia estética são extremamente subjetivos.

Dessa maneira, a evolução no entendimento da obrigação do médico cirurgião plástico estético decorre principalmente da análise das diferentes conjunturas vivenciadas pela sociedade no que concerne o conceito de "beleza", como sendo algo pessoal, particular e sobremaneira relativo.

1.2. As excludentes de responsabilidade civil do médico cirurgião plástico

Oferecidas as informações prévias sobre a temática proposta, no presente tópico serão elencadas as causas que poderão eximir o cirurgião plástico, em caso de cirurgia estética, do dever de indenizar, além de se apresentar a relevância do consentimento informado e da escolha livre e esclarecida na relação médico-paciente.

O profissional da medicina ora em comento poderá eximir-se do dever de indenizar caso ocorra no caso concreto, as excludentes de responsabilidade civil - também denominadas excludentes do nexo causal - pois que rompem o nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo médico e o dano ocasionado ao paciente, e, portanto, não há que se falar em dever de indenizar.

O art. 14 do Código de Defesa do consumidor, que aborda a responsabilidade do fornecedor de serviço estabelece, em seu §3º, incisos I e II que, o fornecedor de serviço só não será responsabilizado quando provar que, uma vez tendo prestado o serviço, inexistia defeito, ou ainda, quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Esse entendimento, consoante já exposto, reside no campo da responsabilidade civil objetiva, a qual prescinde de culpa, sendo que esta é a regra geral nas relações de consumo. Porém, não se pode olvidar que o §4º do mesmo artigo prevê que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, o que inclui o médico, será apurada mediante a verificação de culpa.

Diante disso, sem se olvidar das causas estabelecidas no art. 188 do Código Civil, quais sejam, legítima defesa, exercício regular do direito e estado de necessidade, tem-se que serão consideradas excludentes de responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, em caso de cirurgia estética: o caso fortuito e a força maior, fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

Embora não previstos no Código de Defesa do Consumidor o caso fortuito e a força maior também serão consideradas excludentes de responsabilidade civil[21]. Enquanto o caso fortuito é vendo imprevisível, a força

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 196.306 – SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 03. 08. 2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800875883&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 22 abr. 2023.

[21] A despeito da ausência de previsão legal há decisões emanadas dos tribunais superiores que consideram o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade civil. Nesse sentido: "Consumidor. Responsabilidade civil. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 996.833/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 04.12.2007 – DJ 1º.02.2008, p. 1). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8756209. Acesso em: 24 abr. 2023. Ainda: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE

maior pode ser considerada evento previsível, mas evitável. Portanto, nesses casos, mesmo com a mais adequada e diligente atenção médica, podem ocorrer danos ao paciente, os quais, simplesmente, não se pode impedir, por serem imprevisíveis e inevitáveis.

A culpa exclusiva da vítima rompe todo o nexo causal, uma vez que a produção do resultado danoso decorre unicamente da ação da vítima, fato que isenta o profissional da medicina da obrigação de indenizar. É o que ocorre quando a infecção de parte do corpo onde foi realizada a cirurgia se origina da falta de higiene por parte do paciente, ou por ter ele se negado a ingestão dos medicamentos prescritos pelo médico.

Configura-se fato de terceiro quando alguém fora da relação entre médico e paciente é o verdadeiro responsável pelo evento danoso. Pode ocorrer fato de terceiro, por exemplo, quando a lesão ao paciente foi ocasionada em razão de fornecimento de medicamento errado por parte de um enfermeiro. Importa destacar que o fato de terceiro apenas poderá ser considerado excludente de responsabilidade civil, se a pessoa alheia a relação médico-paciente for estranha à equipe do cirurgião plástico, uma vez que o médico é responsável por seus prepostos, tratando-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva por fato de outrem.

Conclusão

Pela presente pesquisa foi possível evidenciar que, historicamente, a doutrina majoritária e o próprio Superior Tribunal de Justiça se posicionam no sentido de que a atividade desempenhada pelo médico cirurgião plástico estético comporta uma obrigação de resultado. Tal fato modifica todo o regime da responsabilização civil, de modo que, ainda que se entenda pela responsabilidade subjetiva, caberia ao médico comprovar que não houve erro em sua atuação, isto é, o entendimento de que a obrigação é de resultado, impõe uma verdadeira inversão do ônus da prova.

De outro lado, o estudo também proporcionou a constatação de que há teóricos que defendem o entendimento diverso, ou seja, que a obrigação assumida pelo médico cirurgião plástico, não obstante sua atividade envolva exclusivamente procedimentos estéticos, continua sendo uma obrigação de meio. Em linhas gerais, apesar de não ser a corrente aplicada majoritariamente no momento, a verdade é que ela é a que mais se adequa ao regime jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente porque o diploma excetuou a responsabilidade civil dos profissionais liberais, alocando-a no campo da responsabilização subjetiva.

Para além dos aspectos jurídicos, o posicionamento que vem ganhando relevância nos estudos mais recentes, sobretudo pelo esforço de renomados autores, também se escora na própria imprevisibilidade elementar das intervenções médicas. Em suma, por mais diligente e técnico que o profissional seja, sempre haverá possibilidade de desdobramentos imprevisíveis e incontroláveis, muito associados até mesmo às particularidades do paciente, de modo que se torna absolutamente oneroso atribuir ao médico uma obrigação de resultado apenas pelo fato deste realizar intervenções de caráter meramente estético.

CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de *motivo de força maior, caso fortuito* ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - Resp 236.708/MG. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – j. 10.02.2009. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/4173668. Acesso em: 24 abr. 2023). (grifo nosso).

Assim, mostra-se evidente considerável existência de insegurança jurídica sobre o tema, uma vez que o entendimento historicamente adotado vem sendo questionado veementemente por estudiosos da área, de modo que o próprio Superior Tribunal de Justiça sinalizou uma possível mudança de entendimento. Referida realidade prejudica ambas as partes da relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente, notadamente pela preocupação com os possíveis desdobramentos de tal relação na seara da responsabilidade civil.

Nesse cenário, o que se espera com o presente trabalho é contribuir para o debate sobre o tema, no intuito de apontar as principais divergências sobre o assunto, além de propor um olhar abrangente para obrigação do médico cirurgião plástico estético dentro dos moldes de um direito do consumidor verdadeiramente democrático, que valorize ambas as partes da relação, sem estabelecer sequer presunção de culpa em uma atividade na qual a imprevisibilidade é fator indissociável.

Referências

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial no. 744.181/RN. Relator: Min. Sidnei Beneti. J. 11.11.2008 – *DJe* 26.11.2008. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2025314/inteiro-teor-12227379. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.395.254 – SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. J. 15. 10. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301322429&dt_publicacao=29/11/2013. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 196.306 – SP*. Relator: Min. Fernando Gonçalves. 03. 08. 2004. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800875883&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial nº236.708/MG*. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. J. 10.02.2009. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/4173668. Acesso em: 22 abr. 2023.

CIONE, Larissa Beschizza; NEME, Eliana Franco. Responsabilidade civil do cirurgião plástico. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 63-82, jul./set. 2022.

DIAS, José de Aguiar. Atividade profissional. In: DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva,1984-1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAEFF-MARTINS, Joana. Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião. *Revista de Direito Privado*, v. 10, n. 37, p. 105-129, jan./mar. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 39, p. 503-512, jan./abr. 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e o ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. TARTUCE, Flávio. *Direito do Consumidor*. Direito Material. Direito Processual. 7. ed. São Paulo: Direito Processual. Rio de Janeiro: Método, 2018.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do consumidor comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

Obra consultada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 678.485 – DF. Relator: Ministro Raul Araújo. J. 19.11. 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500527865&dt_publicacao=11/12/2015. Acesso em: 22 abr. 2023.

DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

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: revistadireitoesociedade@unifipa.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, que terá 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 deveráser 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. Citações devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR10520:2023.
11. 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).*