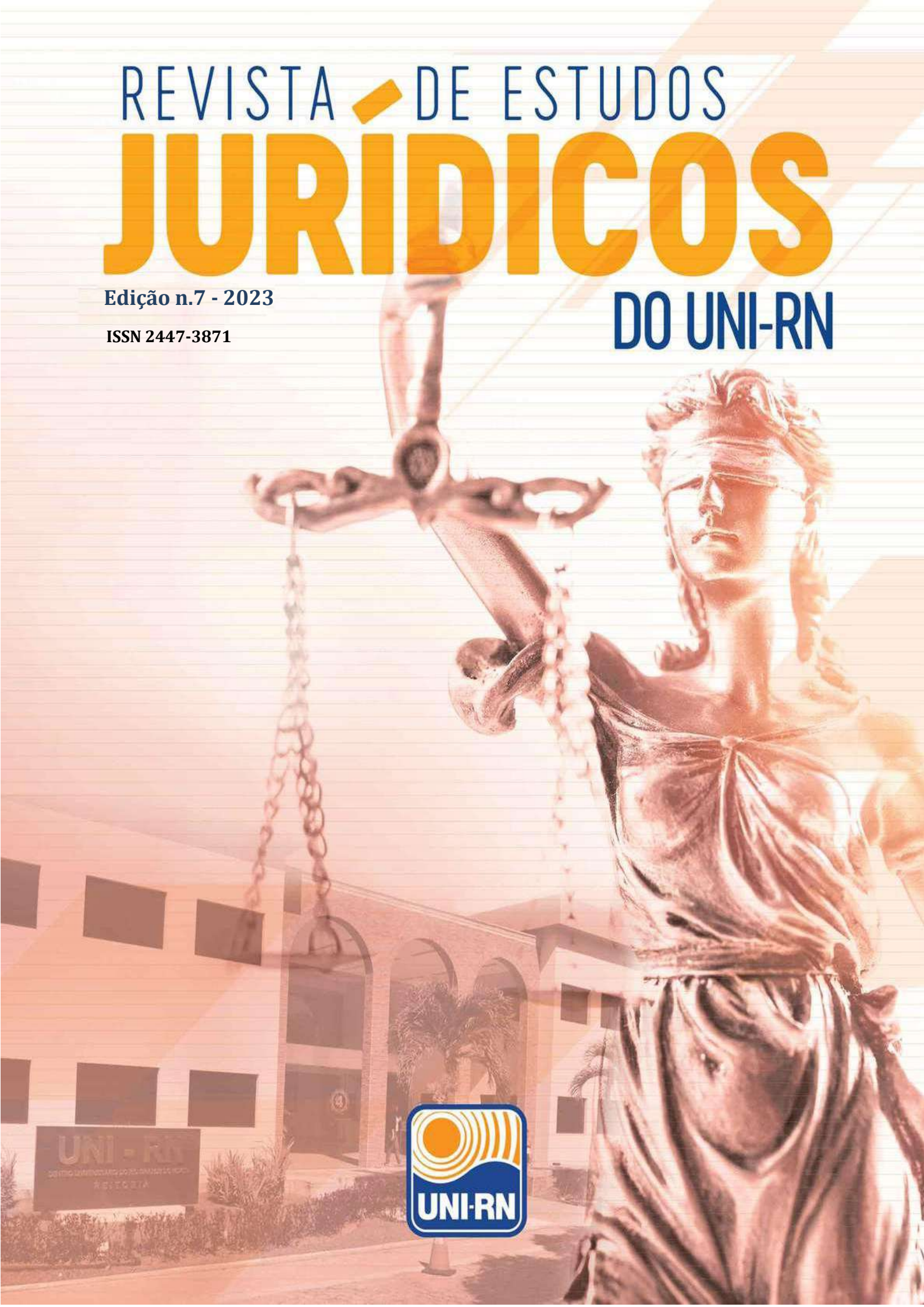
REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Edição n.7 - 2023

ISSN 2447-3871



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Centro universitário do Rio Grande do Norte

N.7, janeiro / dezembro 2023

e-ISSN 2447-3871

NATAL/RN
2023

Copyright: Direitos desta edição reservados ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN (e-ISSN 2447-3871)

On-line - http://revistas.unirn.edu.br/

Catalogação na Publicação – Biblioteca UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

R454
Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN / Centro Universitário do Rio Grande do Norte. – n.7 (jan./dez.2023)- . – Natal : UNI-RN, 2023-

456 p.
Anual

Descrição baseada em n. 7 (jan. /dez. 2023).
e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Artigos 3. Estudos jurídicos

RN/UNI-RN CDU 34

Fernando Roberto Brandão da Silva (CRB 15/383)

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Prof.ª Ângela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Prof.ª Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Aluísio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Prof.ª Úrsula Bezerra e Silva Lira

Prof.ª Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

Equipe

Ana Mônica de Medeiros Ferreira - Externo

Marcelo Maurício da Silva

José Eduardo de Almeida Moura

Marco Aurélio de Medeiros Jordão

Walber Cunha Lima

Ricardo Tinôco de Gois - Externo

Ilustração da Capa

Executiva propaganda

Padronização e Adm. Portal de Revistas

Fernando Roberto Brandão da Silva

Coordenação Editorial

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA
REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 – Tirol – Natal/RN – CEP 59.014-540
Portal: http://revistas.unirn.edu.br

SUMÁRIO

EDITORIAL
Fábio Fidelis de Oliveira
7

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR, ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR, À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE
Eduardo Andrade Galvíncio Rodrigues, Ana Maria de Araújo Ananias
11-32

O CONTRATO DE NAMORO, SUA VALIDADE E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Heloisa Targino Bezerra Alves, Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares
33-62

O PRINCÍPIO DA FINALIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
Pedro Henrique Targino Dantas, Marcelo Henrique de Sousa Torres
63-81

(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO RIO GRANDE DO NORTE: OS MECANISMOS EXISTENTES PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA
Alycia Medeiros Damasceno Palhares Bernardino, Sandresson de Menezes Lopes
82-102

A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NA PANDEMIA: ANÁLISE ACERCA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO
Maria Tereza Pinheiro de Sena, Ana Mônica Medeiros Ferreira
103-126

FEMINICÍDIO, UMA EXPRESSÃO DO SIMBOLISMO PENAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA EFICÁCIA DA NORMA
Anna Beatrice Guedes Albuquerque, Sandresson de Menezes Lopes
127-145

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA MÃE POR OMISSÃO EM CASO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ENQUANTO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR
Calinne Carla Aguiar Silva, João Batista Machado Barbosa
146-168

CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES NO ÂMBITO MATRIMONIAL: ANÁLISE DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARACONJUGAIS
Giovanna Lins de Araújo, Úrsula Bezerra e Silva Lira
169-193

UMA ANÁLISE DO ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS DO SISTEMA CARCERÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE PELA ADPF 347 DO STF
Guilherme Freitas Figueiredo, João Batista Machado Barbosa
194-214

REFLEXOS DO PACOTE ANTICRIME NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA: ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO E DOS DIREITOS DO PRESO
Gustavo Medeiros de Azevedo, João Batista Machado Barbosa
215-235

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO DA NORMA PENAL
Helena Christina Brandl, João Batista Machado Barbosa
257-279

O DIREITO AO USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANNABIS E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE
João Victor Oliveira de Santana, Sandresson de Menezes Lopes
280-312

TESTES EM ANIMAIS NA INDÚSTRIA DOS COSMÉTICOS: UMA ANÁLISE ACERCA DAS QUESTÕES PENAIS RELACIONADAS A ESSA PRÁTICA
Lais Pinheiro Pereira, João Batista Machado Barbosa
313-337

PATRULHA MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA ATUAÇÃO E EFICÁCIA NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE NATAL – RN
Marianna Bila Couceiro Costa, João Batista Machado Barbosa
338-363

O MOVIMENTO EMPRESA JÚNIOR E A MAXIMIZAÇÃO DO EMPREENDEDORISMO FOMENTANDO O DIREITO PREVENTIVO
Nathália Cristina Toledo Silva, Úrsula Bezerra e Silva Lira
364-389

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DIANTE DO VICIO DE CONSENTIMENTO E O USO ABUSIVO DE DADOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO
Yasmim Honorato da Silva, Andrea Andrade Fernandes
390-414

A REBELIÃO DE ALCAÇUZ NO ANO DE 2017: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FOUCAULTIANAS ACERCA DO VIGIAR E PUNIR
Sarah Gurgel Lacerda, Everton da Silva Rocha
415-434

MATERNIDADE EM CÁRCERE: UM ESTUDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ACERCA DAS MÃES RECLUSAS
Maria Paula de Melo Brandão, Luiz Eduardo Marinho
435-456

EDITORIAL

A produção científica no campo do Direito é fundamental para o avanço do conhecimento e a promoção da justiça social. A coletânea de publicações científicas que apresentamos nesta edição da "Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN" não apenas reflete a dedicação de nossos autores, mas também destaca a relevância social das questões abordadas. Em um mundo em constante transformação, é imprescindível que o Direito se adapte e dialogue com as demandas da sociedade, e essa coletânea é um passo importante nesse sentido. Os artigos aqui reunidos trazem à tona temas que impactam diretamente a vida das pessoas, promovendo uma reflexão crítica e contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Além disso, a coletânea serve como um espaço de visibilidade para pesquisas que, muitas vezes, ficam restritas ao ambiente acadêmico. Ao publicar esses trabalhos, estamos não apenas disseminando conhecimento, mas também fomentando o debate sobre questões jurídicas que afetam a coletividade. A interação entre a academia e a sociedade é essencial para que possamos construir um Direito mais acessível e efetivo, e a nossa revista se coloca como um veículo de comunicação entre esses dois mundos. Acreditamos que a divulgação de pesquisas relevantes pode inspirar mudanças e melhorias nas práticas jurídicas, contribuindo para um futuro mais promissor.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a presente coletânea que, em última análise, assinala um permanente esforço em conjunto para a materialização do conhecimento também comprometido com a sua devida socialização.

Fábio Fidelis de Oliveira.



ARTIGOS

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR, ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR, À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Eduardo Andrade Galvíncio Rodrigues[1]
Ana Maria de Araújo Ananias[2]

RESUMO

O presente trabalho de curso traz uma análise acerca do instituto da família no Brasil, a fim de entender as razões – desde a sua caracterização até os dias atuais – do não reconhecimento jurídico do poliamor enquanto entidade familiar. Para isso, foram analisados os possíveis impedimentos jurídico-sociais para o reconhecimento estatal das famílias poligâmicas e, assim, necessitou-se demonstrar a evolução das modificações no conceito brasileiro de família, bem como apresentar os seus possíveis desdobramentos com relação ao poliamor e, ainda, entender a atual composição das famílias constituídas com base no princípio da afetividade. Por fim, mas não menos importante, também se salientaram as possíveis implicações jurídicas para o reconhecimento da família poligâmica no país. Ato contínuo, para chegar a tal estruturação foi usado o método de abordagem de cunho analítico e exploratório, o qual possibilitou compreender que o poliamor é uma realidade socialmente praticada no Brasil, entretanto pouca aceito. Já com relação ao Direito, há legislações que vedam a possibilidade de união entre - entre 02 (duas) ou mais pessoas, todavia, restou-se demonstrado que na prática os empecilhos são sociais e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Poliamor. Reconhecimento Jurídico.

THE LEGAL RECOGNITION OF POLYAMOR, AS A FAMILY ENTITY, IN LIGHT AS THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: eduardogalvincio@hotmail.com.
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: araujoananias@yahoo.com.br

ABSTRACT

The Present Course Work brings an analysis about the Family Institute in Brazil, the purpose of understanding the reasons for the non-legal recognition of polyamory, as a family entity to this day. For this, it was analysed the possible legal and social impediments to the state recognition of polygamous families and, thus, it was necessary to demonstrate the evolution of evolutionary changes in the concept of family in Brazil, as well as to present the understandings in relation to polyamory and, still understand the current construction of families based on the principle of affectivity. Last but not least, it was also highlighted as possible legal implications for the recognition of the polygamous family in the country. A continuous act, to arrive at this structuring, the method of analytical and exploratory approach was used and with this, it was understood that polyamory is a reality in Brazil, socially practiced, but little accepted. With regard to law, there are laws that prevent the possibility of union between more than two people, however, it has been shown that in practice the obstacles are social and jurisprudential.

Keywords: Family. Affectivity. Polyamor. Legal Recognition.

1. INTRODUÇÃO

A transformação das relações humanas é um processo em constante evolução e, portanto, coloca-se de tal maneira que implica considerar que a forma de se relacionar já não é a mesma se comparada à anteriormente conhecida, como ocorreu, inclusive, com o conceito de família. Nesse sentido, atualmente, vislumbra- se, por parte do Estado, o reconhecimento dos novos modelos de família, como as constituídas por casais do mesmo sexo e a multiparental, todavia, todas baseadas no princípio da monogamia. Assim, conclui-se que a evolução social se faz presente em diversas outras formas de amar, como no caso das famílias constituídas a partir do poliamor.

Dessa forma, saliente-se que o principal questionamento desse trabalho busca alcançar a razão da falta do reconhecimento jurídico para as famílias poliamorosas no pelo Direito brasileiro. Assim, tem-se o objetivo de demonstrar os possíveis impedimentos jurídicos e sociais para que o reconhecimento do poliamor seja

efetivado pelo Direito, garantindo, sobretudo segurança jurídica às famílias.

Nesse sentido, buscou-se incialmente uma contextualização geral das modificações familiares que ocorreram no Brasil, apresentando, portanto, desde a família tradicional brasileira até os mais diversos modelos que existem atualmente. Posteriormente, fez-se necessário a conceituação do poliamor, visto que apesar de muito conhecido é pouco compreendido em nosso país, sendo muitas vezes confundido com "promiscuidade".

Em ato contínuo, abordou-se o tema da afetividade como princípio norteador das composições familiares da atualidade, inclusive, vale lembrar que este princípio é constantemente defendido por tribunais e doutrinadores brasileiros, além de ser abordado na própria Constituição Federal.

Destarte, com o intuito de demonstrar a existência prática do poliamor e de suas mais diversas formas na sociedade brasileira, em geral, foram apresentados casos reconhecidos pelos tribunais brasileiros dessa forma familiar. Ademais, restou- se demonstrado a forma como a maioria da sociedade compreende o poliamor e os caminhos que ele tem percorrido hodiernamente, afinal, a maioria de nós conhecemos casos de relações poligâmicas.

Portanto, o que se busca aqui é apenas trazer a reflexão social sobre o tema em debate e apresentar isso como um possível impedimento para o reconhecimento do poliamor, mas não necessariamente como algo determinante.

Por fim, abordaram-se os casos tratados pelo Direito brasileiro, tanto aqueles que consideravam ser possível reconhecer o instituto das famílias poliamorosas, como os que não acordam esse reconhecimento – CNJ emitiu uma Resolução em 2018 proibindo os cartórios de reconhecer esse modelo familiar – bem como o julgamento do STF, que negou o reconhecimento do direito das amantes como beneficiárias de direitos previdenciários.

Ainda, salienta-se que a apresentação das decisões judicias tem apenas demonstrar os diferentes impeditivos que existem hoje em dia, mas, por se tratarem de entendimentos, leia-se passíveis de modificações ao longo do tempo e de acordo com o amadurecimento social acerca do tema.

Nesse diapasão, para alcançar tais resultados foi utilizado o método analítico e exploratório, bem como o dialético. Além disso, os procedimentos foram baseados na análise histórica da instituição família, bem como a análise social e histórica, além da

definição do que vem a ser poligamia. Com relação as técnicas de pesquisa, foram usados diferentes documentos, jurisprudências, artigos e periódicos.

Outrossim, a pesquisa não teve o intuito de julgar o certo ou o errado sobre o tema, mas somente apresentar os impeditivos legais, jurisprudências e sociais acerca do tema. A temática é extremamente relevante justamente pelo fato de estarmos criando, modificando e desvendando novos horizontes. Tanto é assim que temas como esse jamais seriam debatidos no passado, mas atualmente já faz parte de uma parcela da nossa sociedade.

Portanto, de modo geral, é possível dizer que os resultados da pesquisa foram muito satisfatórios, pois demonstraram que o poliamor existe e faz parte da realidade brasileira, entretanto, boa parte da sociedade não é madura o suficiente ou, simplesmente, não quer conversar sobre o tema. Nesse mesmo caminho, o judiciário brasileiro, em sua grande parte, conservador e pouco atento a demandas sociais mais progressistas, acabam por conceder direitos às parcelas da sociedade muito depois que a realidade se impõe.

Por fim, compreende-se a necessidade do reconhecimento jurídico das famílias poliamorosas, pois a falta de reconhecimento estatal dessas famílias não impede, necessariamente, que elas existam, apenas dificulta o acesso a direitos como o de herança e de pensão. Além disso, entende-se que todas as formas afetivas de amor são válidas e merecem a guarda e o reconhecimento estatal.

2. AS MODIFICAÇÕES DO CONCEITO DAS FAMÍLIAS NO BRASIL A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX

Faz mister, primeiramente, analisar historicamente a instituição família para que se compreenda as suas modificações. A partir da década de 50 até a década de 60 houve a perpetuação de um modelo familiar tradicional nuclear, isto é, arranjos familiares composto por um casal heterossexual, com muitos filhos, havendo uma clara hierarquização nas relações familiares e uma divisão de atribuições de acordo com o gênero (DESSEN, 2010).

Esse modelo perdurou até o início das décadas de 1970 e 1980, sendo modificado com a ascensão do movimento feminista e a inserção da mulher no mercado de trabalho, que passou de “dona do lar” a trabalhadora, não restando tempo

para se dedicar a atividades domésticas e cuidado aos filhos, ocorrendo, então, a redução na quantidade de filhos (DESSEN, 2010).

Assim, como ocorreram modificações no núcleo familiar, em ato lógico, o conceito de família foi se alargando um pouco mais, entretanto, sempre mantendo a base de um casal heteronormativo com filhos. Inclusive, sobre isso, nota-se o Código Civil de 1916, que ficou em vigor no Brasil até o ano de 2002 e ainda tratava a mulher como menos importante numa relação que o homem (DESSEN,2010).

Portanto, é notório que a sociedade brasileira está em constante modificação, desde aspectos sociais a jurídicos. Dessa forma, não seria diferente com as relações afetivos-sexuais que se encontram em constante evolução na sociedade, fazendo surgir várias concepções de diferentes modos de se constituir uma família, como é possível perceber na seguinte fala de Maria Berenice Dias:

> As mudanças foram muitas. Vagarosas, mas significativas. As causas, incontáveis. No entanto, o resultado foi um só. O conceito de família mudou, se esgarçou. As mulheres de objetos de desejo se transformaram em sujeitos de direito. O casamento perdeu a sacralidade e permanecer dentro dele deixou de ser uma imposição social e uma obrigação legal (DIAS, 2010).

Como bem evidencia Maria Berenice Dias, as mudanças foram muitas, lentas, mas aconteceram. No início do século passado a família era única, não existia opções de se constituir uma unidade familiar, era sempre uma instituição sacralizada pelo casamento cristão entre o homem e a mulher, e tinha como objetivo a reprodução da espécie, conhecida como a família tradicional:

> A família tradicional, portanto, era formada pelo pai e pela mãe, unidos por um matrimonio de união e afeto, com um ou mais filhos, compondo uma família nuclear constituída pelos pais (pai e mãe) e filhos; pai e filho (s); ou mãe e filho (s) ou extensa - composta pelos avôs, tios, primos, irmãos, cunhados, etc (SANTOS, VIEGAS, 2017).

Nesse sentido, a sociedade foi evoluindo e, com o passar dos anos e a dessacralização da instituição família, novos modelos de entidade familiar foram se formando. Depois de séculos de modificações, o advento da Constituição Cidadã inovou nesse sentido, levando em consideração, principalmente, os princípios democrático-constitucionais, como bem retratado por Anna Isabella Santos e Cláudia Viegas:

> O advento da Constituição da República de 1988 reconheceu novos contornos

> à família, materializando os princípios da igualdade, liberdade, pluralidade familiar, direitos ligados à dignidade da pessoa humana, duramente perseguidos pela sociedade (2017).

Assim, é notório que a Constituição Federal de 1988 entendeu ser a família uma instituição constituída com base, principalmente, na afetividade e na felicidade de seus integrantes, deixando claro que a família pautada no afeto merece proteção estatal, como bem é taxado pelo artigo 226, § 4º da Carta Magna "§ 4º entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o § 7º do mesmo artigo assim determina:

> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL. 1988).

Nesse diapasão, a Constituição ampliou o conceito de família, declarando também como entidades familiares o casamento, a união estável e o núcleo monoparental (SANTOS, VIEGAS, 2017). Nesse prisma, compreende Maria Berenice Dias:

> A amante foi chamada de concubina e depois de companheira. Ao invés de concubinato adulterino, passou-se a falar em união paralela ou simultânea. No máximo vem a justiça deferindo a divisão dos benefícios previdenciários entre esposa e companheira (DIAS, 2010).

Entretanto, a sociedade em si não deixou de evoluir e, portanto, continuou a constituir outros nichos familiares que, mais tarde, demandaram reconhecimento institucional pelo Estado, como é o caso das famílias formadas por casais do mesmo sexo – reconhecimento, em 2011, via decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADIn 4277 e ADPF 132.

O reconhecimento institucional desse modelo familiar alargou ainda mais o conceito de família, demonstrando claramente que o direito não pode ignorar as relações fáticas existentes na sociedade (SANTOS, VIEGAS, 2017). Além dessas, outros modelos familiares já restam reconhecidos pelo Estado brasileiro, como é o caso da família anaparental, caracterizada pela ausência de ambos os pais, mosaico ou pluriparental, que é constituída após o desfazimento de relações passadas, bem como

outros modelos, mas todos a luz do princípio da monogamia (SANTOS, VIEGAS, 2017).

Destarte, vale ressaltar a existência, apesar de não reconhecida juridicamente, das famílias poliamorosas. Aquelas baseadas no conceito de multiplicidade de afeto, admitindo, portanto, relações amorosas concomitantemente de forma consentida entre aqueles que participam da relação. Assim, o próximo tópico se dedica exclusivamente a conceituar e exemplificar o poliamor, visto ser o objeto centrar desse artigo.

3. O POLIAMOR

No contexto de pluralidade familiar, o poliamor, é o mais amplo de todos, pois une em uma única relação mais de duas pessoas, que em comum acordo resolvem se unir e constituir uma família. Nesse sentido, não há justificativa para o reconhecimento também das famílias poliafetivas, estas que se formam a partir da união consensual de mais de duas pessoas com o objetivo de união, amor, cuidado e respeito, como bem afirma Maria Berenice Dias "O fato é que o conceito de família mudou. E onde procurar a sua definição atual? Talvez na frase piegas de Saint- Exupéry: a responsabilidade decorrente do afeto".

Além dela, outros doutrinadores também entende a família poliamorosa como entidade decorrente do afeto múltiplo, como pode-se perceber a seguir:

> Poliamor é um relacionamento não monogâmico em que as pessoas têm mais de um relacionamento íntimo, simultaneamente, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Tem como base a lealdade, o amor e ética (SANTOS, VEIGAS, 2017).

Assim, faz-se necessário abordar um conceito mais antigo e de certa forma, permeado da origem da palavra poliamor, portanto, segue o trecho:

> O poliamor é a junção de raiz grega Poly(muitos) e o termo latino amor, literalmente significando muitos amores; uma forma diferente de relação amorosa contrária à tradicional monogamia, exigindo a participação de várias pessoas não necessariamente de sexos diferentes e a sua interação no tempo e espaço (FARIAS, 2017).

Todavia, infelizmente, muitas vezes por falta de conhecimento, ou preconceito propriamente dito, a sociedade não entende as relações decorrentes do poliamor e acabam atribuindo a essa forma de se constituir família a "safadeza", "pouca vergonha"

ou “falta de Deus”. Entretanto, as famílias poligâmicas, são, na verdade, recheadas de afeto, carinho e cuidado multilateral, como bem explica o conceito filosófico trazido por Anna Isabella Santos e Cláudia Viegas:

> A filosofia aceita a classificação de poliamor aberto e fechado, no primeiro, entram e saem adeptos livremente, ao passo que, no segundo, as pessoas que mantém um relacionamento poliamoroso tendem a morar juntos, ter filhos e apresentar os dois ou mais companheiros para a família. É do poliamor fechado que tem surgido as uniões poliafetivas (2017).

Destarte, importante lembrar que a lealdade, a ética e o amor, são bases fundamentais para o casamento e a união estável e, sendo assim, não haveria problema em também reconhecer as famílias poligâmicas já que estas possuem as mesmas características dos institutos alhures mencionados. Ato contínuo, Regina Navarro Lins traz um conceito completo de como pode ou não se constituir as famílias baseadas em relacionamentos poliafetivos, abrindo vários nichos de possibilidades, abarcando quase todas as formas de ser poligâmico:

> No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. O poliamor pressupõe uma total honestidade seio da relação. Não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e sentem à vontade com ela. A ideia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. O poliamor aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação. Não é o mesmo que uma relação aberta, que implica sexo casual fora do casamento, nem na infidelidade, que é secreta e sinônimo de desonestidade. O poliamor é baseado mais no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, estejam estes num casamento, num ménage à trois, ou no caso de uma pessoa solteira com vários relacionamentos. Pode ser visto como incapacidade ou falta de vontade de estabelecer relações com uma única pessoa, mas os poliamantes se sentem bastante capazes de assumir vários compromissos, da mesma forma que um pai tem com seus filhos (LINS apud SANTOS, VIEGAS, 2017).

Nesse ínterim, importante trazer também a noção de poliamor a luz da conceituação bem apontada por Roberta Sophi e José da Silva:

> Na essência, poliamor é o relacionamento entre três ou mais pessoas que, voluntariamente, souber, consentir e querer constituir família, pautado em regras de convivência duradoura acordadas entre os envolvidos, com multiplicidade consentida de vínculos afetivos (com ou sem relacionamento sexual), escorados no respeito, na fidúcia, no diálogo e no amparo mútuo (SOPHI, SILVA, 2020).

Ademais, de certa forma, parte da sociedade compreende as relações não monogâmicas como algo que seja cercado de traições e repleto de problemas, mas na verdade é uma relação como outra qualquer, com sabores e dissabores. Assim, podemos notar na seguinte fala de Maria Juceli Ramos:

> o senso comum espera que o ciúme e a violência acabem por emergir das relações múltiplas, porém, não é o que se verifica dado o número crescente de comunidades poli que estão surgindo, contrapondo essas suposi- ções e sugerindo que essas relações também po-dem desfrutar da mesma estabilidade emocional e durabilidade tanto quanto os relacionamentos tradicionais, ao manter essas uniões com base em sentimentos satisfatórios e não possessivos (RAMOS, 2017).

Além disso, é importante a diferenciação entre relações paralelas e relações poliafetivas, pois enquanto a relação paralela não precisa, para se constituir, necessariamente, do consentimento e nem do conhecimento de todos os envolvidos, as relações poliafetivas só se formam com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. "Os pressupostos básicos para a formação de uma família são amor, carinho, afeto e respeito, não cabendo julgamento de valor. No Poliamor, têm-se todos estes elementos" (SANTOS, VEIGAS, 2017). Não obstante:

> Há um equívoco quando se imagina que poliamor é o mesmo que uma segunda família de fato. Na realidade, o poliamor é uma só família, consensual, baseado no amor e ética. Todos os envolvidos têm uma ligação afetiva, não sendo admitida a traição, o combinado deve ser cumprido. (SANTOS, VEIGAS, 2017).

Ademais, uma família paralela só poderá ser constituída como poliafetiva se todos os envolvidos conhecerem a existência da relação e assim aceitarem viver, como bem é esclarecido na seguinte citação:

> As famílias simultâneas quando consentidas podem ser chamadas de poliamor aberto, na medida em que este se configura quando uma das pessoas possui mais de um relacionamento íntimo simultâneo com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tem como base a sinceridade e lealdade. Seguindo essa linha, até poderia se considerar como

poliamor a união simultânea aparente (SANTOS, VEIGAS, 2017).

Destarte, consegue-se demonstrar a existência e a procedência positiva das famílias poligâmicas, entretanto, juridicamente, caberá aos princípios nortear o reconhecimento dessa família, dentre eles estão o princípio da Dignidade da Pessoa humana, igualdade, pluralidade familiar, afetividade e boa-fé. Assim, caberá a esses princípios a possibilidade de formalização (SANTOS, VEIGAS, 2017).

Por fim, preceitua Maria Berenice Dias sobre a inércia estatal em reconhecer esse modelo familiar, pois a falta de reconhecimento não impede a existência, apenas dificulta acesso a direitos, como o previdenciário e o hereditário. “Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório” (DIAS, 2010).

4. A AFETIVIDADE COMO NORTE DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR NO BRASIL

É de conhecimento comum o quanto houveram modificações na composição familiar no Brasil e no mundo. Assim, as razões que condicionam a formação dessas famílias também mudaram, por exemplo, no início do século passado as famílias se formavam apenas para cumprir obrigações sociais e dar continuidade a linhagem daquela família (FARIAS, ROSA, 2021).

Como bem afirma Cristiano Chaves e Conrado da Rosa no livro Teoria Geral do Afeto as relações familiares antigamente não precisavam do amor para existirem, não é que sempre estivesse ausente, mas não era necessário para a formação entre as relações pais e filhos, marido e esposa (FARIAS, ROSA, 2021).

Nesse panorama, inclusive, nem eram os próprios noivos que escolhiam com quem casariam, mas sim seus pais, já que o casamento não passava de um grande negócio de família. Assim, nem mesmo afetividade havia, o que poderia ser desenvolvido ou não ao longo do tempo (FARIAS, ROSA, 2021).

Além disso, com o passar dos anos e ainda sob a égide do Código civil de 1916 a sociedade era, ainda mais que hoje, dividida sob a noção do homem e da mulher e cada um deles devendo seguir e obedecer determinadas ordens sociais. Como no caso dos homens prover a família e cuidar dos negócios, enquanto a mulher deveria cuidar da casa e criar os filhos, ou seja, não havia tempo para afetividade.

Assim, importante citar um trecho do livro do amor, da autora Regina Navarro

Lins, que aborda a noção de amor romântico até realmente este fazer parte das relações familiares:

> O amor romântico, que valoriza a escolha subjetiva e o afeto, existe como possibilidade no casamento desde o final do século XVIII, mas só se torna fenômeno de massa a partir da década de 1940, quando a grande maioria das pessoas se casa por amor. Mas ele não é apenas uma forma de amor, e sim todo um conjunto psicológico — uma combinação de ideais, crenças, atitudes e expectativas. Essas ideias coexistem no inconsciente das pessoas e domina seus comportamentos e reações. Inconscientemente, predetermina-se como deve ser o relacionamento com outra pessoa, o que se deve sentir e como reagir (LINS, 2007).

Com o avançar do tempo, essas noções vão se modificando, principalmente após a revolução sexual, onde permitiu uma maior liberdade da mulher em escolher seus parceiros e, inclusive, em desvincular deles, com o estabelecimento do divórcio. Apesar de ainda muito atrasado em relação a outros países, a conquista da liberdade sexual e financeira promoveu outro patamar de relações humano afetivas (FARIAS, ROSA, 2021).

Nesse diapasão, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a promulgação do Código Civil de 2002 foram estabelecidas novas regras familiares, como por exemplo a equiparação entre o homem e a mulher, o fim da hierarquia e a determinação de uma família democrática e aberta ao diálogo. Instituindo assim a ideia de educação familiar e relações afetivas mais densas e menos baseadas no medo. Assim podemos ver no seguinte trecho:

> Abandonado uma feição patrimonialista e matrimonializada, o Direito das famílias encontrou no afeto o seu ponto de fluência e de confluência, com base valorativa. É o que os antigos romanos designavam como *affectio,* agora vocacionada a servir como esteio para a interpretação das normas jurídicas familiares conforme os valores humanistas afirmados pela tábua axiomática constitucional (FARIAS, ROSA, 2021).

Em diversos trechos da Constituição Federal e das legislações esparsas nota- se a presença de afetividade para a formação das famílias e de relações humanas, como podemos notar nos seguintes artigos da Carta:

> Art. 226**.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

> alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nos trechos acima é possível notar que inicialmente o Estado reconhece como família o modelo de qualquer dos pais com seus descendentes, afinal, a afetividade entre eles os sustentam como membros familiares. Ainda, no artigo seguinte houve a equiparação dos filhos tidos no casamento ou fora dele, com o principal intuito de garantir a dignidade dessas crianças, como também o mínimo de contato parental.

Nessa perspectiva, temos como exemplos em nosso ordenamento jurídico do reconhecimento da afetividade como importante meio de formação social dos cidadãos o abandono afetivo, o que pode, inclusive, ensejar reparação civil do pai com a criança, como podemos ver no seguinte trecho, "Foi nesse sentido que a 2ª Turma Cível do TJDFT manteve a sentença da juíza da 3ª Vara Cível de Brasília, que condenou um pai ao pagamento de danos morais para o filho por abandono afetivo".

No caso acima o pai foi condenado a arcar civilmente por abandono afetivo da filha no valor de cinquenta mil reais. A Juíza da causa considerou que apesar de o Direito não poder obrigar ninguém a amar e amparar outrem, mas pode, minimamente, tentar reparar os danos causados. Nesse caso, a ausência paterna foi considerada extremamente prejudicial para sua filha (TJDFT, 2016).

Ademais, vale informar que um outro caso claro de afetividade familiar são os casos dos pais socioafetivos, ou seja, aqueles que apesar de não possuírem obrigações legais e nem vínculos sanguíneos com seus filhos, escolhem partilhar da guarda e das obrigações do menos considerando como filho, regulando, inclusive, na Carteira Nacional de Identidade. Para exemplificar, Maria Berenice Dias faz suas considerações:

> Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz com o respeito à dignidade e à afetividade (DIAS, OPPERMANN, 2015).

Salienta-se que não foi fácil considerar a afetividade como um princípio geral do nosso ordenamento jurídico, até hoje, contudo, não é uma unanimidade para os

nossos doutrinadores. O fato da família perder seu principal caráter econômico e moral, não foi de concordância fácil nem com o próprio Estado, afinal, uma família grande não interessa aos cofres públicos, bem como não interessa aos industriais que visam sempre o lucro que uma morada a mais pode proporcionar (FARIAS, ROSA, 2021).

Nesse ínterim, podemos afirmar que nossa sociedade se constitui a partir da busca por melhores condições de vida e, atualmente, no requisito familiar a sociedade escolheu sempre estar ao lado de quem se quer e assim as legislações nacionais vem se adequando ao longo do tempo.

Para Maria Berenice Dias "A afetividade é o principio que fundamenta o Direito de família", já Flávio Tartuce considera que "Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado no âmbito familiar" (TARTUCE, 2012).

Não importa o ramo de atuação do jurista, como vimos acima ao analisar a nossa sociedade atual é de extrema importância considerar as circunstâncias as quais nos formamos. Ademais, se em vários casos como os acima apresentados as famílias podem se constituir com base na afetividade, continua sendo justo impedir que as famílias poliamorosas não possam ser reconhecidas da mesma forma pelo Estado?

É necessário analisar e balancear se a nossa sociedade ainda prefere determinar cegamente a obediência ao princípio da monogamia do que entender que mudanças ocorrem e o direitos permitir que as famílias poligâmicas alcancem seus direitos de forma mais fácil e que não seja necessário o embate jurídico para tanto.

5. A SOCIEDADE BRASILEIRA E AS RELAÇÕES POLIAMOROSAS

A história do poliamor com as mais diversas sociedades no mundo tem várias particularidades, a começar que relações não monogâmicas acontecem no mundo desde antes de cristo. Contudo, com o passar dos anos e a evolução social, principalmente no mundo ocidental extremamente cristão e regido segundos tais normas permitem somente um casamente, contudo, de modo geral, não impedem o divórcio (RAMOS, 2017).

Já em outras sociedades, como em algumas nações islâmicas a relação com o

poliamor já é um pouco diferente e, inclusive, segue algumas outras regras, mas no geral podem ocorrer, com ou sem o consentimento das mulheres e em grande maioria, somente os homens podem desfrutar de tal modelo de relacionamento (RAMOS, 2017).

A sociedade brasileira, pertencente ao ocidente do mundo ao qual vivemos, não seria diferente, desde de seu surgimento como a conhecemos hoje segue ditames e princípios cristãos, proibindo assim, o casamento com mais de uma pessoa. Aliás, importante salientar, que o crime de bigamia ainda é previsto no Código Penal brasileiro, muito embora não mais aplicado por ter perdido sua eficácia social[3] (RAMOS, 2017).

Contudo, na prática a sociedade com o passar do tempo passa a observar determinadas condutas se modificarem, como no caso da bigamia não ser mais um motivo real que possa levar alguém a prisão. Nesse raciocínio, vemos o poliamor avançar cada vez mais em determinados ramos da nossa sociedade, ou seja, uma coisa é certa, muito embora não seja juridicamente reconhecida, as relações poliamorosas estão presentes no nosso cotidiano e, consequentemente, geram novas relações sociais que uma hora ou outra será necessário ser regulamentada pelo Direito.

Outrossim, vale relembrar o que já outrora definimos, o poliamor se forma como uma relação múltipla, leal, de cunho afetivo e com ou sem envolvimento sexual de, pelo menos, 3 pessoas que justas comungam do anseio de uma formação familiar (DIAS, 2010).

Entretanto, vale salientar que nem só de poliamor vive a nossa sociedade, pois muitas vezes ocorre o que conhecemos de famílias paralelas, a qual não é um poliamor propriamente dito, já que não tem necessariamente consentimento entre os envolvidos, mas é, sem dúvidas, uma relação não monogâmica. Ou seja, de qualquer forma é uma pratica recorrente no Brasil e que acaba por gerar alguns problemas jurídicos por falta de previsão legal para tratar sobre o assunto (RAMOS, 2017).

Para exemplificar, na prática, um dos problemas que atingem tanto àqueles que decidem viver no poliamor como àqueles que estão submetidos em relações não monogâmicas sem o seu conhecimento, que pode ser o caso das famílias paralelas. Suponhamos que, um dos cônjuges da relação possua 2 famílias, estejam esses cientes

[3] A Perda de eficácia social de uma norma ocorre quando ela ainda está válida no ordenamento jurídico, mas perde sua aplicabilidade prática pois, na grande maioria das vezes, a sociedade já não mais recrimina aquela conduta, não havendo, portanto, a necessidade de punição com o Direito Penal, não impedindo, claro, reparação na esfera cível (BARCELOS,2017).

ou não da existência uma da outra, mas se vive com uma há 20, constituída sob um casamento e que se frutificou 2 filhos, já com a segunda família, constituída há 15 anos em união estável com 1 filho.

Nesse caso, a segunda família é considerada por ter sido constituída sob a égide de um casamento não pode ser considerada de igual com a primeira, assim o companheiro daquela relação, que normalmente é a mulher, acaba sendo impedido de receber herança ou benefícios previdenciários por ser considerada amante.

Vale salientar que, devido a muitos anos de avanços, os filhos foram equiparados entre si e no caso hipotético todos teriam os mesmos direitos. Contudo o segundo cônjuge, qualificado como amante nada teria direito em relação aos bens daquele que há 15 anos esteve ao seu lado e nem, muito menos, acesso ao direito previdenciário. Fica em sua mente, leitor(a), fazer o juízo de valor se uma situação como essa está sendo tratada de uma forma justa ou não.

De maneira geral, a luz da própria sociedade, o brasileiro tem práticas nada convencionais ou conservadoras, pelo menos boa parte da população, mas na hora de reconhecer as atitudes outrora cometidas não o faz e prefere simplesmente não considerar que determinados comportamentos ensejam relações jurídicas que, uma hora ou outra, farão necessárias uma regulamentação (RAMOS, 2017).

Destarte, entende-se que a sociedade se encontra preparada para as modificações no direito quando ela em repetidas situações produz novas práticas que no futuro, constituíram novas relações sociais e que, por conseguinte, ensejam direitos e deveres. No caso do Poliamor, isso já ocorreu e a falta do seu reconhecimento jurídico só afasta seus integrantes do acesso a direitos e uma vida mais digna, mas não impede a sua prática, negando somente ao acesso a um dos princípios norteadores da Constituição, a dignidade (DIAS, 2015).

6. O DIREITO BRASILEIRO E OS IMPEDIMENTOS DO POLIAMOR

Nesse momento, já foi apresentado o conceito de poliamor e suas implicações socias, é chegado o momento de entender como esta o comportamento do Direito face às mudanças apresentadas. Incialmente, que o Brasil é multicultural todos nós já sabemos, mas que essa multiculturalidade implica de diferentes formas nos Tribunais do nosso país nem todos compreendem.

Atualmente, no Brasil, há, teoricamente, alguns impedimentos que poderiam inviabilizar o reconhecimento das uniões poliafetivas. O artigo 1521 do Código Civil brasileiro preceitua em seu inciso VI que pessoas casadas não podem casar (BRASIL, 2002), mas o casamento em relações poliamorosas não se trata de vários casamentos e sim de uma relação estável entre várias pessoas.

Além disso, os Tribunais do Brasil estavam conferindo o reconhecimento jurídico às famílias paralelas, como é possível perceber nos seguintes julgados: TJ- PE - APL: 2968625/PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2013; TJ-MA - APL: 0393812014/MA 0015505-24.2013.8.10.0001, Relator: Jamil de Miranda Gedeon Neto, Data de Julgamento: 12/03/2015, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 16/03/2015). Vale salientar que além desses, outros processos também se encontram no STF esperando julgamento. Segue o primeiro julgado citado:

> DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. RECONHECIMENTO. PARTILHA DE BENS. TRIAÇÃO. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos.
> 3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em "triação", pela simultaneidade das relações. 6. Precedentes do TJDF e do TJRS.
> (TJ-PE - APL: 2968625 PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2013)

Segue o segundo julgado acima citado:

> DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. FALECIDO QUE MANTEVE UNIÕES DURADOURAS COM A ORA AUTORA E A ORA RÉ. PRÉVIA AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO AJUIZADA PELA ORA RÉ COM O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE ELA E O FALECIDO. JUIZ DE ORIGEM QUE, DIANTE DA NOTÍCIA DESSA DECISÃO, JULGOU O PRESENTE FEITO EXTINTO POR RECONHECIMENTO DE COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES, DE PEDIDO OU CAUSA

> DE PEDIR. NULIDADE DA SENTENÇA. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. RELACIONAMENTO ENTRE A AUTORA, ORA APELANTE, E O FALECIDO QUE SE ENQUADRA NOS REQUISITOS DE UMA ENTIDADE FAMILIAR. EQUIPARAÇÃO DO CONCUBINATO NÃO ADULTERINO À UNIÃO ESTÁVEL PARA PRODUÇÃO DE EFEITOS
> JURÍDICOS. I - É descabido falar em coisa julgada em relação à comentada sentença que decidiu a ação de justificação de união estável post mortem: a uma, porque o reconhecimento de união estável só ocorre mediante sentença em ação declaratória transitada em julgado; a duas, porque as demandas referidas na sentença (ação de justificação ajuizada por Maria das Graças e a ação declaratória ajuizada por Maria dos Remédios) não possuem identidade de partes, nem de pedido, nem de causa de pedir; e, a três, porque inexiste prejudicialidade nem impossibilidade jurídica no reconhecimento de famílias simultâneas; II - É família toda união de pessoas em respeito e consideração mútuos, com ostensividade e publicidade, com o objetivo de comunhão de vida, mútua assistência moral e material, e de serem reconhecidos pela comunidade como uma família. Assim, sempre que um núcleo for formado por pessoas que se enquadrem em tais requisitos, deve ser reconhecida a configuração de uma família, independente da qualificação que se dê a esta: se formada por um casamento, por uma união estável ou por um concubinato estável (espécies do gênero "família"). III - É cristalina a constatação, pelas provas dos autos, de que o falecido soube manter com discrição e profundidade dois relacionamentos paralelos, não misturando os círculos sociais de entorno a cada composição familiar. Apelação provida.
> (TJ-MA - APL: 0393812014 MA 0015505-24.2013.8.10.0001, Relator: JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, Data de Julgamento: 12/03/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2015)

Além disso, importante salientar que na ausência de legislação específica que regulamenta as relações não monogâmicas, os Tribunais mais vanguardistas do País já estavam a dar decisões de forma a reconhecer tal modelo familiar, como foi possível notar acima. Entretanto, tais decisões não eram unanimidade em território nacional (ALVERNAZ, 2017).

Nesse ínterim, se havia o reconhecimento de famílias paralelas, das quais nem todas fazem parte do poliamor, mas, necessariamente, de relações simultâneas, por que não haveria de se reconhecer as famílias poliamorosas propriamente ditas? Em teoria, não havia problema alguma já que a base argumentativa seria a mesma, mas antes mesmo de ocorrer amplo reconhecimento das famílias poligâmicas, o CNJ, através da resolução emitida em 2018, impediu de os cartórios reconhecerem novas uniões estáveis poligâmicas de qualquer espécie, segue o julgado:

> CNJ PUBLICA ACÓRDÃO SOBRE IMPOSSIBILDADE DE RECONHECIMENTO DE POLIAFETIVIDADE COMO ENTIDADE FAMILIAR.
> Decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente ao pedido de providências da ADFAS (n. 0001459-08.2016.2.00.0000, julgado dia 26/06/2018), determinando a proibição de lavratura de escrituras de uniões poliafetivas por Tabelionatos de Notas.

> EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

Ainda, um outro ponto a ser tomado é a ideia cristalizada no nosso ordenamento jurídico de obediência única e exclusivamente a monogamia, como é possível aduzir do seguinte trecho da Constituição Federal:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § **3º** Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Nesse trecho, como em alguns outros, é possível se perceber que a Constituição Federal deixa entender a intenção de relacionamento monogâmico. Todavia, não há nada que impeça a mudança e elasticidade desse entendimento já que o Direito deve acompanha a sociedade e, portanto, se modificar (ALVERNAZ, 2017).

Nessa perspectiva, é importante citar o fato de que o Código Penal brasileiro traz em seu artigo 235 o crime de bigamia, *in verbis*:

> **Art**. **235** - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

Contudo, conforme já mencionado anteriormente, esse artigo perdeu sua aplicabilidade prática, isto é, a sociedade não tem o intuito de cumpri-lo já que não há ofende mais. Mas, vale salientar que mesmo que o ordenamento jurídico aplicasse punição ao bígamo, não se enquadra no caso em tela da poligamia (ALVERNAZ, 2017).

A poligamia não consiste em múltiplo casamento e sim em uma única união que envolva mais de uma pessoa. Além do mais, pelo princípio da proibição a analogia em *malam partem* não se poderia enquadrar o caso em comento no artigo da bigamia. Assim, é notório a falta de interesse social em punir tais condutas, bem como a falta de ordenamento jurídico que a preveja regularmente (ALVERNAZ, 2017).

Por fim, importante orbitar novamente sobre os comportamentos dos Tribunais brasileiros, que mesmo após o impedimento do CNJ aos cartórios ainda

reconhecia juridicamente o direito previdenciário e hereditários às pessoas chamadas de amantes (STF, 2020).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal realizado no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE 1045273) que envolvia a questão da divisão de pensão por morte de um homem que tinha união estável reconhecida com uma mulher, com a qual tinha um filho, e, ao mesmo tempo, mantinha relação homoafetiva durante 12 anos (STF, 2020).

Nesse caso, foi decidido por não reconhecer a situação das duas uniões estáveis, prevalecendo a primeira união e, consequentemente, impedindo o rateio da pensão por morte. O placar apertado, de 6 a 5, consagrou, mais uma vez o impedimento a existência de relações não monogâmicas no país. Assim, por ter se tratado de um caso em questão se repercussão geral, serve para todos os outros casos parecidos que estejam sendo julgados no País (STF, 2020).

Assim, ainda levará algum tempo para que a sociedade amadureça o suficiente para reconhecer a existência jurídica desse tipo de relacionamento e que entenda que a ausência de reconhecimento jurídico só dificulta o amparo estatal às famílias que nessas situações se encontram.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho conseguiu demonstrar em partes a realidade de uma parcela da população brasileira que vive a margem dos demais. Nesse sentido, é possível notar que a sociedade evolui e tem modificações ao longo do tempo e que precisam ser reconhecidas pelo Direito.

Nessa lógica, foi possível perceber a mudança na formação familiar, desde um conceito de negócio, até o surgimento das relações amorosas, com o amor romântico ao qual conhecemos hoje. Ainda, é notório a necessidade da afetividade nas relações familiares, pois é a partir dela que se constitui as famílias hoje em dia, principalmente a partir da Constituição Federal que ampliou o conceito de família, podemos perceber que esta se tornou mais democrática e aberta ao diálogo.

Além disso, demonstrou-se, na prática, a aplicação da afetividade como no caso dos pais socioafetivos, ou mesmo no caso das famílias monoparentais e aqueles adotivos, pois, nada maior que uma demonstração de afetividade por outrem que adotar.

Ademais, foi possível perceber que a falta de afetividade com os filhos pode acarretar, inclusive, reparação de danos civil e que apesar do direito reconhecer que não pode obrigar o surgimento do amor dos pais com os filhos, pode responsabiliza- los por desamparo material e afetivo.

Nesse sentido, foi apresentado a realidade social das relações não monogâmicas no Brasil, tanto no caso das relações poliamorosas como no caso das famílias paralelas. A dificuldade em conseguir acesso a direitos básicos, simplesmente pelo fato de não serem reconhecidas como família.

Ainda, vislumbrou-se a necessidade do direito se modificar e começar a aceitar as relações poliamorosas. Vimos que na prática a Constituição Federal determina que as relações afetiva-sexuais sejam baseadas na monogamia, mas nada impede que isso possa ser mudado de acordo com a maturidade social sobre a temática.

Foi possível notar também que há alguns casos de reconhecimentos de uniões poliamorosas no Brasil, mas desde a resolução do CNJ tal reconhecimento foi impedido de ser realizado pelos cartórios. Nesse ínterim, os Tribunais foram impedidos de consagrar o direito previdenciário às "amantes" devido ao julgamento realizado em sede de Recurso Extraordinário no STF no ano de 2020.

Por fim, conclui-se que é urgente a necessidade de se reconhecer o direito ao poliamor de ser chamado de nova entidade familiar, pois, afinal de contas, ele existe, não fere o ordenamento jurídico em si e a falta do seu reconhecimento apenas impede que pessoas consigam ter acesso aos direitos previstos na própria Constituição, como liberdade, dignidade e afetividade.

REFERÊNCIAS

ALVERNAZ, Amanda Siqueira. **Poliamor:** análise da possibilidade de reconhecimento das relações poliafetivas enquanto entidade Familiar. 2017. 65 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/23089/Amanda%20Alvernaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2019. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Acórdão nº 0001459-08.2016.2.00.0000. **Pedido de Providências**. Brasília. Disponível em:

https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: livro IV, título I, subtítulo I, capítulo IV. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Família ou Família?** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/fam%EDlia_ou_familias.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Poliafetividade, alguém duvida que existe?** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/fam%EDlia_ou_familias.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

DIAS, M.; OPPERMANN, M. **Multiparentalidade:** uma realidade que a Justiça começou a admitir. [s.l: s.n.]. Disponível em: http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE___Berenice_e_Marta.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Amores Plurais**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13072)Amores_plurais.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice**. Manual de direito das famílias**. 2015. 10 ed. Disponível em: https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5077-Manual-de-Direito-das-Famlias-by-Maria-Berenice-Dias-z-lib-org.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

DESSEN, M. A. Estudando a família em desenvolvimento: desafios conceituais e teóricos. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 30, n. spe, p. 202–219, dez. 2010. Acesso em: 15 set. 2021.

ENCICLOPÉDIA Jurídica da PUCSP. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais. Acesso em: 14 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

KRINERT, Rafaella de França; CONSALTER, Zilda Mara. O poliamor como arranjo familiar e o seu reconhecimento pelo ordenamento Jurídico brasileiro. **Revista Antinomias**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 25-47, jun. 2021. Disponível em: http://www.antinomias.periodikos.com.br/article/60d0ff9fa95395470b2bfe22/pdf/antin omias-2-1-25.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

PAI é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. Disponível em:

https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 06 nov. 2021.

RAMOS, Maria Juceli de Carlos . Relações não monogâmicas: a análise do compersion na relação poliamorosas. **Revista Brasiliera de Sexualidade Humana**, Rio de Janeiro, v.28, n.1, p.49-56, 2017. Disponível em: https://www.rbsh.org.br/revista_sbrash/article/view/9/6. Acesso em: 12 nov. 2021.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara Rabelo de Almeida. POLIAMOR: CONCEITO, APLICAÇÃO E EFETOS. **Cadernos do Programa de Pós Graduação**, Porto Alegre, v.12, n. 2, p. 360-389, 2017. Disponível em: https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546/47097. Acesso em: 05 set. 2021.

SOPHI, Roberta Ceriolo; SILVA, José Geraldo da. **Poliamor:** direito ou afronta social? 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1472/Poliamor%3A+direito+ou+afronta+social%3F. Acesso em: 24 ago. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas**. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637&ori=1. Acesso em: 24 jan. 2021.

BA, G. Tayne Nunes dos Santos. **Proteção normativa constitucional às relações poliamorosas.** [s.l: s.n.]. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13920/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Vers%c3%a3o%20Parcial%20-%20TAYNE.pdf. Acesso em: 26 out. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 0393812014.** MA 0015505-24.2013.8.10.0001. Rel.: Jamil de Miranda Gedeon Neto. DJ 12/03/2015. Disponível em: http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175071171/apelacao-apl-393812014-ma- 0015505-2420138100001. Acesso em: 08 julho. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 5ª Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 2968625**. Rel.: José Fernandes. DJ 13/11/2013. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158606091/apelacao-apl-2968625-pe>. Acesso em: 08 ago. 2021.

O CONTRATO DE NAMORO, SUA VALIDADE E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Heloisa Targino Bezerra Alves[1]
Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares[2]

RESUMO

A pesquisa tem por escopo principal analisar o contrato de namoro propriamente dito e como ele se comporta no nosso ordenamento jurídico, partindo da problemática sobre quais são os seus efeitos no nosso sistema normativo. Analisa também a união estável e o namoro, quais sejam, as suas características, regulamentações, conceitos e diferenças, bem como a natureza jurídica e os aspectos dos contratos, a autonomia privada e o resguardo aos direitos personalíssimos. Em relação à metodologia, a abordagem da pesquisa foi o dedutivo, delineada da observação das leis presentes no Código Civil e suas interpretações para a prática. Outrossim, o método de procedimento e as técnicas de pesquisa foram abordados com base na conceituação histórica, por meio da exploração bibliográfica e documental, que investigaram as principais contribuições teóricas, verificando as leis, as jurisprudências e as circunstâncias factuais acerca da temática.

Palavras-chave: Contrato de namoro. União estável. Direitos de personalidade.

THE DATING CONTRACT, TID VALIDITY AND ITS EFFECTS ON THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The main scope of the research is to analyze the dating contract itself and how it behaves in our legal system, starting from the issue of what are its effects on our

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: heloisaalvesta@gmail.com.
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni- RN). E-mail: emmanuelligondim@hotmail.com

regulatory system. It also analyzes stable relationships and dating, namely, their characteristics, regulations, concepts and differences, as well as the legal nature and aspects of contracts, private autonomy and the protection of very personal rights. Regarding the methodology, the research approach was deductive, delineated from the observation of the laws present in the Civil Code and its interpretations for practice. Furthermore, the method of procedure and research techniques were approached based on historical conceptualization, through bibliographical and documental exploration, which investigated the main theoretical contributions, verifying the laws, jurisprudence and factual circumstances on the subject.

Keywords: Dating contract. Stable union. Personality Rights.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família evoluiu muito desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais. Até o mencionado diploma, as uniões estáveis não eram reconhecidas legalmente, consideravam-se válidas apenas as famílias matrimoniais. Com o advento da Constituição de 1988, - construída sob a égide democrática, social e cidadã - princípios como liberdade, dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade nas relações de família, repercutiram nos direitos personalíssimos. Interligados com a autonomia privada, os direitos à liberdade e à dignidade estão cada vez mais presentes na seara das famílias, notadamente quanto se fala nas relações contratuais pessoais e de família.

Concomitante à transformação da estrutura familiar tradicional, com a retirada da união estável da marginalidade, ocorreu a aproximação da configuração do namoro com a união estável. Destarte, a sociedade passou a questionar sobre a diferença entre o namoro e a união estável, emergindo o contrato de namoro como alternativa para definir a forma atual de relacionamento, no caso, um namoro que não tem intenção ou objetivo de constituição de família.

Contudo, tal modalidade contratual ainda se situa em cenário inconsistente no ordenamento jurídico brasileiro, o que traz à tona o seguinte problema: quais são os efeitos do contrato de namoro no nosso sistema normativo? Desse modo, o presente trabalho tem o objetivo de analisar a união estável e o namoro, suas características,

regulamentações, conceitos e diferenças, para, posteriormente, analisar o que é o contrato de namoro, sua repercussão no nosso ordenamento jurídico e o seu enfoque nas questões patrimoniais.

Para alcançar os objetivos propostos, o método de abordagem da pesquisa foi o dedutivo, delineado a partir do estudo do Código Civil e sua interpretação na prática forense. Outrossim, o procedimento adotado teve como base a conceituação histórica.

O artigo está divido em dois capítulos. O primeiro apresenta breve análise histórica da união estável e estuda o conceito e características do referido instituto, bem como do namoro e do namoro qualificado, diferenciando-os. O segundo aborda os pressupostos de validade, conceito e elementos dos contratos, os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva. Trata-se, por derradeiro, do conceito e finalidade do contrato de namoro, validade e eficácia do referido pacto segundo a doutrina e jurisprudência.

2 UNIÃO ESTÁVEL VS NAMORO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DAS UNIÕES ESTÁVEIS

O Código Civil de 1916 reconhecia somente o casamento civil como meio de constituição de família, sem oferecer qualquer proteção às uniões informais, ainda que o casal tivesse filhos em comum, relação contínua, pública e duradoura. Caso ocorresse a morte de um dos conviventes, o companheiro sobrevivente não fazia jus à herança, mesmo que houvesse contribuído para a formação do patrimônio do casal que seria herdado pelos ascendentes do *de cujus*, por exemplo.

Ademais, o antigo código continha dispositivos que faziam restrições à denominada "união livre", conhecida como concubinato, proibidas doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, bem como a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

No entanto, apesar da tentativa de proteger a família tradicional advinda do matrimônio pela legislação, a realidade da sociedade era diversa, o que fez surgir a indenização por serviços domésticos pela jurisprudência. O intuito era prestar alimentos às mulheres que tiveram seus relacionamentos rompidos pela separação ou morte do companheiro e que não exerciam atividade laboral ou possuíam fonte de

renda. Em relação à temática, Maria Berenice Dias pondera:

> Quando a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha nenhuma fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma "camuflada", com o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compensação dos serviços de cama e mesa por elas prestados. O fundamento era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação de uma mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento (2016, p. 239).

Desse modo, a relação advinda da união "informal" era considerada como liame trabalhista, e não a constituição de uma família, como era de fato.

Após, os tribunais passaram a reconhecer a união estável como uma "sociedade de fato", considerando os integrantes do casal como sócios de uma mesma empresa. Se ambos tivessem auxiliado na compra de um bem durante o relacionamento, em caso de separação ou morte, ele seria dividido, desde que comprovada a efetiva contribuição financeira de cada um na constituição do patrimônio.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 380, aprovada no ano de 1964, "comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Assim, a ruptura do relacionamento de um casal que convivia como "marido e mulher", denominada ligação *more uxório*, gerava consequências de ordem patrimonial.

As restrições existentes no Código Civil de 1916, com o advento da Súmula 380 do STF, passaram a ser aplicadas somente nos casos de concubinato adulterino, em que o homem tinha uma esposa e mantinha concomitantemente uma concubina. Nos casos em que o casal se encontrava separado de fato e se estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxório,* a mulher passava a ser chamada de companheira.

Nesse período, começaram a ser utilizadas as expressões "concubinato impuro" e "concubinato puro". O primeiro faz referência ao relacionamento adulterino, que envolvia uma pessoa casada em ligação amorosa com terceiro, ou as que possuíam mais de uma união de fato. O "concubinato puro" ou companheirismo seria a convivência duradoura, sem impedimentos decorrentes de outra união.

A grande inovação em relação à união estável e em matéria de Direito de Família veio com a Constituição Federal de 1988, no art. 226, §3º:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

Desta forma, a relação familiar nascida fora do casamento passou a ser chamada de união estável, em que os conviventes têm os mesmos direitos e deveres dos cônjuges, abandonando a expressão "concubinato". Atualmente, o termo ainda é utilizado somente para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas que infringem o dever de fidelidade.

A primeira regulamentação da união estável, após a Constituição Federal de 1988, ocorreu por meio da Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que definiu como "companheiros" os homens e mulheres com união comprovada, desde que tivessem o estado civil de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, cuja relação perdurasse por, pelo menos, cinco anos ou que o casal tivesse filhos em comum, necessária a prova de colaboração financeira para que um convivente tivesse direito à metade dos bens do outro.

Em 1996, a Lei nº 9.278/96 reconheceu como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Dessa forma, foram retirados os requisitos dos cincos anos de convivência e a necessidade de prole comum para que estivesse configurada a união estável.

Quanto à parte patrimonial, o diploma legal supramencionado determinou que os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

A norma mais recente a respeito da união estável é o Código Civil de 2002. Neste, a união estável possui um título próprio no Livro de Família, com a incorporação de cinco artigos (1.723 a 1.727). Além disso, no decorrer do código existem disposições esparsas em outros capítulos, a exemplo do artigo 1.694, que trata dos casos de obrigação alimentar.

O Código consolidou o reconhecimento da união estável, necessária a comprovação da convivência pública, contínua e duradoura estabelecida pelo casal,

com o objetivo de constituir família (viver como se casados fossem). A lei também trouxe impedimentos ao reconhecimento de união estável, sendo estes os mesmos do casamento, presentes no artigo 1521, com exceção do inciso VI, que trata das pessoas casadas, se estiverem separadas de fato.

Os impedimentos são: a impossibilidade de reconhecimento de união estável entre pai e filho, sogro e nora, sogra e genro, madrasta e enteado, padrasto e enteado, adotante com quem foi cônjuge do adotado e adotado com quem foi do adotante, irmãos, unilaterais ou bilaterais, adotado com o filho do adotante, cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte e as pessoas casadas, permitindo, no entanto, a união estável entre pessoas casadas no papel, mas, de fato, separadas.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA LIGADOS À UNIÃO ESTÁVEL E AO NAMORO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Ela consolidou a evolução do Direito de Família, com a dissociação de raízes históricas, a exemplo do patriarcalismo.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, alguns dos avanços que a Constituição de 1988 trouxe ao Direito de Família foram:

> A partir do "espírito" e dos princípios fundamentais da Constituição da República, entre eles o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o Direito de Família teve que romper definitivamente com as velhas concepções: da ilegitimidade dos filhos, já que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. As concepções de inclusão e cidadania instalaram-se definitivamente no Direito de Família. Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a ideia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica, enfim, a palavra de ordem da contemporaneidade, ou seja, cidadania (2020, p. 76).

Com a inserção dos Direitos Humanos na maioria das discussões do nosso ordenamento jurídico, um dos pilares da nossa legislação, que funciona como base do Estado Democrático de Direito, é o princípio da dignidade da pessoa humana. A

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 1º, definiu-o como um dos nossos fundamentos.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho fixam esse princípio como:

> A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.
> Mais do que viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias - estatais ou particulares - na realização dessa finalidade (2021, p. 74).

Assim, a suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de legitimar e constituir família se tornaram inadmissíveis. Foi desse princípio que adveio a consagração de um sistema aberto de família, admitindo, mesmo que não expressamente, outros núcleos ou arranjos familiares, por exemplo, a união homoafetiva.

Outro princípio que merece destaque é o da liberdade, colocado com o intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária. É por meio dele que temos a garantia dos direitos de locomoção, expressão, manifestação do pensamento e consciência, entre outros.

No âmbito do direito de família, Rolf Madaleno expõe que o princípio do livre-arbítrio está presente nas seguintes situações:

> O princípio do livre-arbítrio se faz muito presente no âmbito familiar, pela liberdade de escolha na constituição de uma entidade familiar, entre o casamento e a união estável, vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); na livre decisão acerca do planejamento familiar (CC, art.1.565, §2º), só intervindo o Estado para propiciar recursos educacionais e informações científicas; na opção do regime matrimonial (CC, art. 1.639), e sua alteração no curso do casamento (CC, art. 1639, §2º), sendo um descalabro cercear essa mesma escolha do regime de bens aos que completam 70 anos de idade (CC, art. 1641, inc. II); na liberdade de escolha entre o divórcio judicial ou extrajudicial e a extinção consensual da união estável, presentes os pressupostos de lei (CPC, art. 733) (2020, p. 181).

Dessa forma, esse princípio trouxe a possibilidade de efeitos jurídicos na liberdade dos gêneros e na convivência informal, o que retirou o aspecto marginalizado e discriminatório dessas construções de entidade familiar. É pelo princípio da liberdade, também, que as pessoas podem se unir por vínculos de afeto que não constituem uma entidade familiar, apenas um namoro.

Além disso, a liberdade está ligada à autonomia privada, observada na pactuação de contratos e demais relações jurídicas, resguardadas a boa-fé e a função social dos contratos, sejam relações socioafetivas que configuram o namoro, sejam aquelas que dão origem a uma entidade familiar.

Por fim, cumpre mencionar o princípio da afetividade, presente em todas as relações de vida e, especialmente, nas de família. A existência de uma família, não necessariamente se dá por pessoas que tenham a mesma linha hereditária, mas pelo liame socioafetivo que as vincula. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho observam que:

> E, como decorrência da aplicação desse princípio, uma inafastável conclusão, já exposta nesta obra, é no sentido de o Direito Constitucional de Família brasileiro, para além da tríade casamento – união estável – núcleo monoparental, reconhecer também outras formas de arranjos familiares, a exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, temos que ao legislador incube apenas o reconhecimento do ente familiar, mas não sua conceituação técnica delimitativa, excludente de outros agrupamentos não estandardizados, pois se assim fosse, estar-se-ia consagrando uma odiosa discriminação normativa, em franco desrespeito à superior principiologia constitucional (2021, p. 89).

É por esse princípio que ocorre o respeito ao afrouxamento dos costumes, que impõe ao Estado dever de reconhecer a entidade familiar, mas não delimitar a sua formação técnica. Além da consagração de relacionamentos não advindos do casamento, temos o reconhecimento das relações homoafetivas, que podem e devem ser consideradas entidades familiares, uma vez presentes seus pressupostos de formação.

Como exemplo da efetivação dos princípios acima descritos pelo Poder Judiciário, pode-se mencionar a ADI 4277 e a ADPF 132, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a existência de uniões estáveis homoafetivas, à luz dos direitos à liberdade, afetividade e dignidade.

2.3 CONCEITO E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

2.3.1 Conceito da União Estável

O conceito de união estável está intrinsecamente ligado ao conceito de família, uma vez que é uma das formas de constituição de família elencadas no artigo

226, §3º, da Constituição Federal de 1988, juntamente com o casamento e as famílias monoparentais. Em relação ao tema, Rodrigo da Cunha Pereira, no seu livro "Direito das Famílias", expõe:

> O delineamento do conceito da união estável deve ser feito buscando elementos caracterizadores de um núcleo familiar, e que vem sendo demarcados pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente após a Constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Mesmo que ausente um desses elementos, ainda assim pode haver caracterização da união estável, trazendo, por conseguinte, efeitos jurídicos (2020, p. 175).

Assim, conforme o autor, para a formação da união estável, deve-se buscar uma relação afetiva e duradoura, com o objetivo de constituir uma família. Não se trata, portanto, uma relação eventual.

Nesse contexto, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conceituam a união estável como "uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família" (2021, p. 414).

Ademais, os autores acima citados, sistematizam o conceito por meio de elementos essenciais da união estável na sociedade brasileira, sendo estes:

> a) publicidade (convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina; b) continuidade (convivência continua), no sentido do *animus* de permanência e definitividade, o que diferencia a união estável de um namoro; c) estabilidade (convivência duradoura), o que diferencia a união estável de uma "ficada", d) objetivo de constituição de uma família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 415).

Portanto, pode-se dizer que inexiste conceito preciso pertinente à união estável, há, no entanto, elementos subjetivos (vontade de constituir família) e objetivos (convivência que perdura no tempo e em caráter contínuo) para sua configuração.

2.3.2 Requisito da Publicidade

O primeiro requisito para a configuração da união estável é a publicidade da convivência, uma vez que não seria sensato considerar como um núcleo familiar aquele que ocorre de maneira furtiva. Diante disso, segundo Maria Helena Diniz, o

que é exigido pela lei é a notoriedade, não deve-se, nesse sentido, interpretar a palavra "público" nos extremos de sua significação semântica.

> Há uma diferença de grau, uma vez que tudo que é público e notório, mas nem tudo que é notório é público. A publicidade da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de "como se casados" fossem (2016, p. 245).

Desse modo, o relacionamento não pode ser constituído de encontros furtivos e secretos, possível a discrição, mas indispensável o reconhecimento da união pelo círculo social dos conviventes.

Entretanto, esse requisito para o reconhecimento da união estável pode ser flexibilizado ao se tratar das relações homoafetivas. Em recente julgado, a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT considerou o contexto de preconceito da sociedade contemporânea ao reconhecer a união estável *post mortem* entre dois homens. Tem-se no acórdão:

> CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA. PUBLICIDADE. RELATIVIZAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DE VIDA A
> DOIS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido a fim de declarar a existência da união estável homoafetiva havida entre o requerente e o falecido. 2. Para ser reconhecida a união estável, faz-se necessário o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 1.723 do Código Civil, quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituir família. 3. Conquanto a união entre pessoas do mesmo sexo não esteja prevista expressamente na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que tal formatação familiar faz jus à tutela jurídica. 4. Diante das particularidades envolvendo as relações homoafetivas, o requisito da publicidade, embora não possa ser desconsiderado da análise, tampouco pode protagonizar a tomada de decisão acerca da existência de união estável - devendo a abordagem de tal pressuposto ser guiada pelos demais elementos probatórios constantes nos autos. Doutrina. Precedentes. 5. Se o acervo probatório demonstra o atendimento aos requisitos do art. 1.723 do Código Civil - e estando ausentes os impedimentos previstos pelo mesmo diploma - deve ser mantida a sentença que reconhece a união estável post mortem. 6. Recurso conhecido e desprovido.
> (Acordão 1355683, 07059129320188070014, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Segunda Turma Cível, data de julgamento: 14/7/2021, publicado no PJe; 27/7/2021)

No caso apresentado, de acordo com o autor da ação, ele e seu companheiro

conviveram até 2018, quanto o último veio a falecer. No período de quase três anos, os dois firmaram uma comunhão de vida pública, contínua e fiel, com o objetivo de constituir família, tendo até mesmo construído um imóvel juntos. Ademais, ele alegou que havia provas suficientes da existência de união estável.

A configuração da união estável de novembro de 2016 até 2018 foi declarada em primeiro grau. Contudo, os pais do falecido recorreram, alegando que os dois apenas moraram juntos e dividiram as contas, não configurando uma união estável, vez que não foram preenchidos todos os requisitos legais, como o da publicidade da relação.

Nesse sentido, como já exposto, o colegiado foi a favor do reconhecimento da união, pois nos casos de relação homoafetiva, o aspecto do convívio público não pode conduzir inteiramente a tomada de decisão, devendo o pressuposto ser guiado pelos demais elementos probatórios constantes nos autos, a exemplo da prova documental e testemunhal de vida a dois, que ficou demonstrado no caso.

Assim, percebe-se que a nossa jurisprudência, em casos como esse, está tendo a sensibilidade de reconhecer que a nossa sociedade ainda passa por um processo de evolução e quebras de paradigmas, quando relacionado a questões sexuais e familiares.

Sobre esse requisito, importante destacar que no namoro ou em um caso, que seria um relacionamento amoroso com interesse predominantemente sexual, não existe a necessidade da publicidade entre os envolvidos.

2.3.3 Requisitos da continuidade e estabilidade

O Código Civil de 2002 não estabelece um período mínimo de convivência para o reconhecimento da união estável, mas a relação não deve ser efêmera, circunstancial. Assim, a união deve ser prolongada no tempo e sem solução de continuidade.

O jurista Rodrigo da Cunha Pereira, em relação a esses requisitos, pondera que “não há um prazo, com rigor absoluto, para determinar a partir de quando a relação se caracterizaria como união estável. O importante é que se tenha uma certa estabilidade e durabilidade, que não seja efêmero” (2020, p. 178).

Nesse sentido, não podem ser considerados como união estável

relacionamentos fugazes, a exemplo das relações que não durem mais de uma noite ou um carnaval, bem como o fenômeno moderno da "ficada" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 423).

Diferente da situação acima, quando nos referimos ao namoro, pode-se verificar a estabilidade em decorrência do tempo, entretanto, o casal não tem o interesse de constituição de família, como nas uniões estáveis.

Cumpre ressaltar, ainda, que em relação à união estável, apesar de não ter a obrigação de tempo mínimo no Código Civil, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) exige, para fins previdenciários, a comprovação de convivência mínima de dois anos entre os companheiros para a concessão de pensão por morte, inaplicável tal período para herança ou direito real de habitação, prestação de alimentos e divisão de bens.

2.3.4 Requisito do objetivo de constituição de família

O requisito acima é considerado o principal para o reconhecimento da união estável. O objetivo de constituir família deve ser compartilhado por ambas as partes, que devem se conduzir como se casados fossem.

A sua comprovação se dá por meio do comportamento dos conviventes, desnecessário o plano de ter filhos comuns e a convivência na mesma residência, devendo estar presente a intenção de partilharem a vida com interesses comuns, respeito, lealdade e assistência recíproca, como uma família.

Nessa perspectiva, segundo Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, acerca do objetivo de constituição de família, temos:

> Sem dúvida, é fundamental para a caracterização da união estável a existência de uma comunhão de vidas no sentido material e imaterial, em correspondência e similitude ao casamento. É uma troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar da relação. Trata-se, efetivamente, da firme intenção de viver como se casados fossem (2017, p. 1770).

Desse modo, a caracterização da união estável passa pela forma pragmática de constituição de família, que é o casamento. Todos os elementos dessa união são como uma comparação, uma tentativa de elucidar um casamento, ainda que não exista a formalidade, o ato civil (PEREIRA, 2020, p. 180).

Esse requisito é o grande diferenciador da união estável para um namoro, até mesmo para o chamado namoro qualificado, que será abordado a diante, em que não está presente o objetivo de constituição de família entre o casal, existindo, no máximo, a expectativa de sua configuração.

O requisito do objetivo de constituição de família é fundamental para diferenciar a união estável do namoro, pois mesmo em se tratando de relações socioafetivas, a união estável estabelece liberdade, mas ao mesmo tempo demanda a estabilidade e as responsabilidades que estão presentes nas relações familiares.

2.4 IMPEDIMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 1.723, §1º, do Código Civil, informa que não constituirá a união estável se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521, inaplicável a incidência do inciso VI, caso a pessoa casada esteja separada de fato ou judicialmente. Nessa situação temos:

> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, 2002)

Assim, como no casamento, é impedida a união incestuosa, a exemplo da relação entre dois irmãos. Outrossim, em relação à não utilização do inciso VI, se dá porque se um dos companheiros estiver oficialmente casado, mas se encontrar separado de fato ou judicialmente, pode se configurar a união estável (GAGLIANO; FILHO, 2021, p. 432).

Cumpre esclarecer que o registro em cartório da união estável resta impossibilitado, caso algum dos companheiros seja casado ou ambos, apesar de separados de fato.

Nesse caso, a união estável só pode ser reconhecida por sentença judicial transitada em julgado, pois a comprovação fática se dará em juízo (JÚNIOR; EL DEBS, 2020, p. 339).

Os impedimentos não serão levados para as relações de namoro, posto que

não se enquadram na qualidade de entidade familiar, que traz consigo os direitos e as obrigações entre as partes, como acontece nas relações familiares. Nas relações de namoro, observa-se, portanto, mais o aspecto moral de aceitação social.

2.5 EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

2.5.1 Efeitos Pessoais da União Estável

Da mesma maneira que ocorre no casamento, na união estável os casais também possuem direitos e deveres recíprocos nas relações pessoais. Esses estão elencados no artigo 1.724 do Código Civil: "as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos" (BRASIL, 2002).

Relacionado aos companheiros, o artigo mencionado estabelece deveres de lealdade, respeito e assistência mútua entre o casal. O dever de lealdade remete ao compromisso de fidelidade sexual e afetiva e sua violação pode levar à dissolução da relação de companheirismo. Sobre isso, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona expõem:

> Não se conclua que, posto que monogamia seja uma nota característica do nosso sistema, a fidelidade traduza um padrão valorativo absoluto, eis que poderá ser flexibilizada, por decisão do casal, a exemplo do que se dá nas situações de poliamorismo (2021, p.435).

Dessa maneira, os casais, por livre acordo, podem ter relações amorosas e sexuais com outras pessoas, sem que interfira na relação existente.

No que pertine ao dever de respeito, já estava contido na Lei n° 9278 de 1996, em seu artigo 2º, inciso I, que disciplinava os efeitos jurídicos da união estável. Toda relação, independentemente de ser um casamento, namoro ou união estável, por si só, justifica a sua existência por meio do respeito recíproco.

O último dever pessoal relacionado aos companheiros é o de assistência, que pode ser tanto o apoio alimentar quanto o auxílio espiritual e moral, essenciais na solidificação de uma união. A respeito do suporte alimentar, Maria Helena Diniz aduz que:

> O inadimplemento do dever de assistência à mulher - quer durante a união, quer depois de seu término, em que existe obrigação alimentar - pode

> configurar violência doméstica, sob a forma de violência patrimonial, no âmbito da Lei Maria da Penha (7º, IV) (2016, p.250).

Por isso, na união estável, por conta do dever da assistência, caso exista uma dependência econômica entre o casal, a retirada repentina desse compromisso pode ser considerada uma forma de violência doméstica.

Registra-se que na relação de namoro não existem tais obrigações jurídicas, inerentes ao casamento e à união estável. A construção dos mencionados deveres nessa forma de relacionamento se dá mais por questões morais e sociais.

2.5.2 Efeitos Patrimoniais da União Estável

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.725, estipulou que é aplicado na união estável o regime da comunhão parcial de bens entre os companheiros, podendo ocorrer a mudança do regime, caso seja realizado um contrato de convivência entre eles.

Caso não ocorra um regime de bens escolhido de forma prévia entre os companheiros, será determinado o regime de comunhão parcial de bens. Neste, os bens auferidos durante o relacionamento são considerados frutos do trabalho comum, transformando-se em propriedade comum entre os companheiros, devendo ocorrer a meação com a dissolução do vínculo.

Destaca-se que os bens adquiridos na constância da união estável, a título oneroso, mesmo no nome só de um dos companheiros, serão de direito à meação do outro.

Sobre o regime de comunhão parcial de bens e a união estável, leciona Maria Helena Diniz que:

> Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro. Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (CC 1.659 e 1.661): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal (2016, p.252).

Desse modo, visualiza-se um paralelo entre a união estável e o casamento, tendo em vista que presume-se o esforço comum para os bens adquiridos na

constância da relação.

Outro efeito patrimonial que deve ser citado é o dos negócios jurídicos formados durante a união estável. O Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 319, inciso II, dispõe:

> Art. 319. A petição inicial indicará:
> II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu. (BRASIL)

Diante disso, percebe-se uma preocupação no código com a segurança jurídica das relações negociais, ao colocar a necessidade da declaração dessa situação na petição inicial. A preocupação advém do fato que, se não houver contrato escrito de união estabelecendo regime de separação de bens ou cláusula que dispense a outorga de companheiro, o regime entre os companheiros é, em boa parte dos casos, o regime de comunhão parcial de bens.

Nesse sentido, para que os negócios jurídicos possam gozar de validade, é necessária a autorização de ambos os companheiros na alienação de bens adquiridos no curso da união estável. Ao analisar o tema, Rodrigo da Cunha Pereira expõe que:

> Se um companheiro, cujo regime não é da separação de bens, e não tenha contrato expresso autorizando alienações, vende bem a terceiro sem que o outro companheiro saiba do negócio, e para que seja caracterizada a boa-fé do terceiro, deve-se levar em conta que ele desconhecia a existência da união estável do vendedor, que em geral pode se qualificar com o seu estado civil oficial de solteiro, viúvo ou divorciando, mas que não traduz seu *status* conjugal. Somente no caso concreto é que se poderá avaliar a existência da *outorga uxória* nas uniões estáveis. A carga axiológica a prevalecer diante do caso concreto será mensurada pelo manancial da boa-fé objetiva e na função social dos contratos (2020, p. 204).

Assim, caso um dos companheiros venda algum imóvel adquirido na constância da união estável e não avise ao outro companheiro, se o terceiro não sabia da existência da condição, é necessário prestigiar a boa-fé do adquirente, cabível o reconhecimento do ato praticado e, ao companheiro prejudicado, admissível o direito indenizatório em face do outro companheiro. Portanto, é de suma importância a análise de caso a caso nessas situações, para a verificação da boa-fé do terceiro adquirente, tendo em vista o prejuízo do companheiro que terá a sua meação comprometida.

O último efeito patrimonial que será abordado é o relacionado à previdência social. Essa questão muito se alterou com o advento da Constituição Federal de 1988. A Lei n° 8.213, de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, teve sua redação alterada pela Lei nº 13.146, de 2015. O artigo 16, inciso I, inclui como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado, o companheiro ou a companheira.

O autor Rodrigo da Cunha Pereira relata que, na visão do Direito Previdenciário, a condição de companheira é:

> Companheira é aquela que coabita, *more uxório,* que vive como se casada fosse. Contudo, este conceito de coabitação também tem-se relativizado, assim como a jurisprudência que se formou, principalmente sobre acidente de trabalho e trânsito, prevalecendo a tese da companheira sobre a esposa, em caso de separação de fato desta (2020, p. 208).

Neste contexto, apesar do Direito Previdenciário inicialmente considerar como companheiro aquele que coabita com o outro, o conceito passou a ser flexibilizado, havendo jurisprudência no sentido de disponibilizar a previdência àquele que esteja em união estável com o segurado, em relação ao cônjuge, caso haja a separação de fato.

Acerca do apresentado, evidencia-se que, ao contrário da união estável, no namoro - relação amorosa sem objetivo da constituição de uma família - não existe a concessão de efeitos patrimoniais para os namorados.

2.6 DIFERENÇA ENTRE NAMORO E NAMORO QUALIFICADO

Na atualidade, há inúmeras variedades de namoro. Muitos namorados viajam juntos, dormem juntos e até mesmo moram juntos. Tal mudança se deu pela evolução dos costumes e da liberdade sexual, o que gera muitas dúvidas, inclusive sobre a possibilidade de confusão entre um mero namoro e uma união estável.

A legislação brasileira não conceitua o namoro e não lhe atribui efeitos jurídicos. Por conseguinte, não versa sobre a partilha de bens ou a aplicação determinado regime de bens, tampouco menciona algo sobre o direito sucessório ou fixação de alimentos. Em relação ao namoro, Rodrigo da Cunha Pereira o conceitua da seguinte maneira: “namoro é o relacionamento entre duas pessoas sem caracterizar

uma entidade familiar" (2020, p. 180).

Em síntese, nada obstante a ausência do objetivo de construir família, o namoro pode ser um relacionamento público, duradouro e contínuo. A doutrina atualmente diferencia o namoro comum de um namoro qualificado. Sobre isso, Rolf Madaleno menciona:

> Com a liberdade sexual e a facilidade dos rompimentos afetivos, sem se revestir das características de um casamento ou de uma união estável surge, o denominado "namoro estável ou qualificado", reservado para aqueles pares que querem ter o direito de não assumirem qualquer compromisso entre eles e muito menos tencionam constituir família, embora estejam sempre juntos em viagens e principalmente nos finais de semana, e que rotineiramente pernoitam na habitação um do outro, e frequentam as festas familiares em comum. (2020, p. 1984)

Assim, no namoro comum, ainda não qualificado, o envolvimento do casal é recente, casual, podendo haver pouco conhecimento em relação ao outro. Enquanto no qualificado, o casal já tem uma convivência constante, estável e pública, podendo até mesmo ter a expectativa do objetivo de constituição de família, no entanto, somente expectativa, tendo em vista que se o objetivo de constituição de família está presente, poderá ser reconhecida a união estável.

2.7 DIFERENÇA ENTRE NAMORO QUALIFICADO E UNIÃO ESTÁVEL

O namoro qualificado pode ter a publicidade, continuidade e estabilidade, mas não tem um requisito indispensável para a configuração da união estável, o objetivo de constituir família.

Rolf Madaleno, no seu livro de Direito de Família, cita a jurista Maria Aracy Menezes da Costa, para diferenciar o namoro qualificado de uma união estável. Para ela, no referido namoro, o casal não consta como dependente do outro na previdência social, mantém sua conta bancária e seus próprios endereços residenciais, não tendo o ânimo de formar família e tampouco desejam ter filhos em comum. Assim, esses casos seriam namoros prolongados e não induzem o estabelecimento de uma união estável (2020, p. 1984).

No entanto, a intenção de constituir família é critério dotado de subjetividade, não existe uma resposta única, havendo posicionamentos jurisprudenciais em diversos sentidos. Em 2015, no Recurso Especial n° 1.454.643-RJ (BRASIL, 2015), o

Superior Tribunal de Justiça tomou decisão que trouxe em seu teor a diferença entre a união estável e o namoro, no caso, do "namoro qualificado", que se baseia justamente no requisito "objetivo de constituir família".

No caso, em 2003 o casal namorava. No mesmo ano, o namorado conseguiu um emprego fora do país e se mudou para o exterior. Em 2004, a namorada também se mudou para a cidade onde o namorado já vivia para estudar, e passou a morar com ele. O casal noivou em 2005, ainda fora do Brasil. Ao ensejo, o namorado adquiriu um apartamento no Brasil, com recursos próprios. Em 2006, eles se casaram em regime de comunhão parcial de bens. No ano de 2008, o casal se divorciou.

A ex-esposa considerou que o apartamento comprado em 2005, antes do casamento, deveria ser dividido entre os dois, vez que viviam em união estável. O ex-marido, entretanto, alegou que o imóvel pertencia somente a ele, posto que o casal mantinha somente um namoro e ele tinha comprado o imóvel com recursos próprios.

O STJ (BRASIL, 2015) se posicionou no seguinte sentido:

> (...) Não se denota, a partir dos fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da affectio maritalis e, por conseguinte, da configuração da união estável. 2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

Desse modo, pode-se concluir que, apesar da coabitação entre o casal, eles não se encontravam em união estável, e sim em um "namoro qualificado", uma vez que havia somente "mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família".

O conceito do *intuito familiae* (ânimo de constituir família) colocado por Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, nos ajudam a entender a temática, vejamos:

> Nesse passo, é o *intuito familiae*, também chamado de *affectio maritalis,* que distingue a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado, afinal os namorados não convivem como se estivessem enlaçados pelo matrimônio. Também aparta a união estável de um noivado, pois neste as partes querem, um dia, estar casadas, enquanto naquela os companheiros já vivem como casados. Nesse passo, mesmo que presentes, eventualmente, em um namoro ou em um noivado, algum, ou alguns requisitos caracterizadores da união estável, sendo ausente o ânimo de estar vivendo uma relação nupcial, como se casados fossem, não se caracterizará a entidade familiar e, via de consequência, não decorrerão efeitos pessoais e patrimoniais (2017, p. 1770).

Assim, no caso do Recurso Especial n° 1.454.643-RJ, o casal apesar de coabitar na mesma residência no exterior, se tornar noivos e voltar ao Brasil e se casar, antes do casamento propriamente dito, não viviam como se casados fossem.

Outra decisão interessante foi a prolatada nos autos da Apelação Cível n° 0260978-85.2019.8.21.7000 (BRASIL, 2020), pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). No caso, a parte ré na ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, recorreu do posicionamento adotado pelo juízo *a quo*, que julgou procedente o pedido para reconhecer a união estável havida entre as partes no período compreendido entre outubro de 2004 e outubro de 2007, com a consequente declaração de comunicabilidade, ao autor, do imóvel adquirido pela recorrente na constância da união estável, além de condenar ao pagamento para o autor da metade do produto da venda do imóvel, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios.

Em suas razões, a apelante alegou que o relacionamento havido não ultrapassava um namoro, vez que não estavam presentes os requisitos caracterizadores da união estável, destacando que as partes coabitaram por conveniência e economia. Ademais, sustentou contra a determinação da partilha do imóvel, referindo ter adquirido e pago sozinha o financiamento do bem. Em contrapartida, o apelado, autor da ação, apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso. Sobre isso, deu-se o julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL? NAMORO QUALIFICADO?. INOCORRÊNCIA. PARTILHA DE BENS. Conquanto o Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconheça o instituto do? namoro qualificado?, no presente caso ficou muito bem provado que as partes viveram efetiva relação de família, no molde descrito na hipótese de incidência da união estável, artigo 1.723 do Código Civil. Testemunhas, manuscritos à mão e correspondências, em meio virtual, que demonstram a natureza familiar (e não namoro qualificado), bem como a participação do apelado no imóvel adquirido no curso da relação. Caso em que é de rigor a manutenção da

> sentença que reconheceu a união estável e o direito patrimonial do autor, sobre imóvel adquirido somente em nome da apelante. NEGARAM PROVIMENTO (BRASIL, 2020).

Segundo o relator do caso, como já explanado no trabalho, o Superior Tribunal de Justiça admite a hipótese de existência do namoro qualificado, em que os namorados projetam constituir família no futuro, não caracterizando uma união estável, ainda que ocorra coabitação. Isso ocorre porque essas circunstâncias não bastam à verificação do *affectio maritalis*. Para a constituição da união estável é necessária que a intenção de constituir família se afigure presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros.

No caso da ação sob análise, foi confirmada a união estável no período interposto pelo autor, o que se comprovou por meio de testemunhas e quatro bilhetes manuscritos pela apelante, bem como mensagens por *e-mail* e *Facebook*, que, segundo os desembargadores, debelariam qualquer dúvida acerca da natureza da relação havida entre os ligantes, vez que neles demonstrava a vida íntima do casal, em que a parte recorrente, por diversas vezes, refere-se ao recorrido como sendo seu marido e ela própria sendo sua mulher.

Outrossim, também é exposto pelo tribunal que a recorrente, em conversa com o recorrido, reconheceu o direito de partilha em favor do ex-companheiro, por exemplo, ao alegar "quando o apartamento for vendido e o valor que ainda falta na Caixa for quitado eu te passo a tua parte".

Ao final, os magistrados expõem que: "ao mesmo tempo que a realidade cria novas formas de relacionamento afetivo, criando dificuldade de adequada identificação, também novas ferramentas de comunicação vão auxiliando a desvendar a intimidade das pessoas em questões postas em juízo" (BRASIL, 2020).

Dessa forma, por meio das jurisprudências analisadas, tem-se a confirmação que o cerne da diferenciação entre um namoro qualificado e a união estável é o elemento subjetivo da constituição de família. Para chegar a uma conclusão, são analisadas pelos magistrados diferentes meios de prova, como troca de mensagens.

No entanto, surge certa insegurança jurídica em torno do risco de confundir o status de relacionamento dos casais, o que fez surgir o contrato de namoro como um documento que, teoricamente, seria viável como meio de afastar qualquer dúvida

acerca do relacionamento do casal.

3 O CONTRATO DE NAMORO

3.1 CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS CONTRATOS

Os contratos confundem-se com a própria evolução moral da humanidade, indefinida data ou período definido para o seu surgimento. Podemos conceituar os contratos como um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades. (GAGLIANO; FILHO, 2021, p. 939).

Assim, para que exista um contrato, é necessário um acordo de vontade, podendo ser estabelecido por duas ou mais pessoas, com o intuito de contrair, resguardar, transferir, manter, alterar ou extinguir direitos ou deveres que apresentem natureza patrimonial.

No plano da existência do instituto dos contratos, faz-se necessário ter de forma simultânea quatro elementos. O primeiro deles é a manifestação de vontade, nesse sentido, as partes precisam declarar de modo aferível a sua intenção na realização do acordo.

Outro elemento existencial é a presença de um agente que possa declarar sua livre manifestação de vontade. Essa declaração é o objeto do contrato, mais um dos elementos, que consiste na prestação da relação obrigacional estabelecida, podendo ser direto/imediato ou indireto/mediato.

Por fim, o quarto e último elemento é uma forma para exteriorizar a manifestação de vontade do agente, sendo elas: escrita, oral, mímica, entre outras. Dessa maneira, com a presença de todos esses componentes, é possível dizer que existe o contrato, como negócio jurídico, no campo da realidade fática.

3.2 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONTRATO

No contrato é preciso analisar a sua validade, que está condicionada pela vontade do agente de maneira livre e de boa-fé, não devendo ter vícios de

consentimento, sendo necessária a presença da boa-fé objetiva.

Além disso, é de suma importância que o agente seja capaz para manifestar sua vontade por meio de um contrato. Não se trata da capacidade como medida da personalidade, mas, também, a específica para protagonizar determinado contrato, o que se denomina de legitimidade. Nesse último caso, embora as partes possam gozar de plena capacidade, estarão impedidas circunstancialmente de praticar ato específico, por relevantes razões sociais e de ordem pública (GAGLIANO; FILHO, 2021, p. 1137).

Caso ocorra a violação de algum dos impedimentos, se tem a nulidade do negócio jurídico realizado, por violação expressa à disposição de lei. Ademais, para que se tenha a validade do contrato, o seu objeto deve ser idôneo, ou seja, lícito, que não é proibido pelo Direito e pela Moral, possível, tanto de forma jurídica e física e determinado ou determinável, qual seja, com elementos mínimos de individualização para caracterizá-lo.

Finalmente, a forma do contrato deve ser a adequada, sendo assim, a que é prescrita ou não defesa em lei, isso significada dizer que deve seguir a forma expressa na lei ou ser livremente acordado, se a lei não trouxer nenhuma determinação a respeito.

A possibilidade de realizar contratos que não estejam proibidos em lei está presente no Código Civil, em seu artigo 425, que explicita a possibilidade da celebração de contratos atípicos, ou seja, aqueles que não possuem forma geral em lei escrita, estando à margem das perspectivas da liberdade contratual dos contratantes, mas não podendo a regulamentação dos interesses contrariar a lei, a ordem pública, os princípios gerais de direito e os bons costumes.

3.3 DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.3.1 Do princípio da autonomia privada

O princípio norteador dos contratos por muitos anos foi o da autonomia da vontade, segundo a qual o vínculo contratual era o resultado da fusão entre manifestações da vontade. Contudo, no decorrer do século XX, com o avanço tecnológico e o surgimento de diversas guerras e revoluções, o individualismo liberal passou para o intervencionismo do Estado. Esse novo panorama tinha o intuito do

estado coibir abusos e, no caso da temática, trazer o equilíbrio contratual por meio da previsão de instrumentos jurídicos em favor do hipossuficiente econômico.

Dessa maneira, passamos da autonomia da vontade à autonomia privada, definida como "o poder concedido ao sujeito parar criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico" (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 890). Assim, tem-se a limitação da manifestação da vontade dos contratantes, determinada por normas de ordem pública, eis o chamado dirigismo contratual, presente no nosso Código Civil de 2002, em seu artigo 421, que aduz: "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato". Ou seja, o princípio da autonomia contratual ainda está presente, mas é atenuado ou reduzido, quando presentes o interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana e os interesses metaindividuais, conforme elucidado no Enunciado n. 23 CJF/STJ.

3.3.2 Do princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica. Nesse sentido, pelo princípio da boa-fé objetiva, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum (GAGLIANO; FILHO, 2021, p. 1969).

Nos contratos, por intermédio desse princípio, deve existir a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção. Esses deveres precisam ser seguidos tanto pelo sujeito passivo, quanto pelo ativo da relação jurídica obrigacional. Para termos um contrato válido, além da prestação de dar, fazer ou não fazer, é essencial a lealdade, confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, entre outros deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

3.4 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Com o reconhecimento da união estável pela Constituição Federal de 1988 e posterior regulamentação por leis federais, foram concedidos aos conviventes os mais variados direitos, inclusive, no âmbito patrimonial. A Lei n° 9.278/96 reconheceu como entidade familiar a convivência, pública e contínua, de um homem e uma mulher,

estabelecida com o objetivo de constituir família, não requerendo mais tempo de convivência para a sua configuração. A mudança conceitual trouxe incertezas aos namorados para reconhecer o seu relacionamento como namoro ou união estável.

Na tentativa de proteção, principalmente patrimonial, surgiu a busca pelo contrato de namoro, através do qual restaria evidenciado que ambos os companheiros não desejavam que a sua relação fosse confundida com uma união estável, declarando por meio de registro em cartório do referido contrato, que estavam juntos, mas não pretendiam constituir família.

Alguns autores conceituam e discutem a finalidade do contrato de namoro. Para Maria Berenice Dias esse contrato possui como objetivo assegurar a "ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro" (2016, p. 432).

Diferentemente, Rodrigo da Cunha Pereira, expõe que:

> Contrato de namoro é a declaração de vontade de duas pessoas para estabelecer que aquela relação é apenas um namoro. Embora isso pareça óbvio e desnecessário, tornou-se, em muitas situações, conveniente fazê-lo, em razão da linha tênue existente entre namoro e a união estável. Tal contrato é quase um antinamoro e parece quebrar os encantos proporcionados pelo idílio, que vem sempre revestido de um romantismo que deveria ficar longe de aspectos jurídicos. Entretanto, as mudanças culturais e a liberação dos costumes sexuais deixaram as diferenças entre namoro e união estável bastante semelhantes (2020, p. 175).

À luz do exposto ao longo do trabalho, pode-se concluir que o contrato de namoro é uma modalidade de negócio jurídico, que se dá por meio da manifestação de vontade entre dois agentes, com o intuito de declarar que o relacionamento atual das partes é um namoro, realizado de forma escrita, com registro em cartório.

Outrossim, as finalidades do contrato são: afastar os efeitos patrimoniais, pela incomunicabilidade do patrimônio dos conviventes, e os efeitos pessoais, quais sejam, o de lealdade, respeito e assistência mútua.

3.5 VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO SEGUNDO A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Atualmente, não há na doutrina um entendimento unânime a respeito da validade do contrato de namoro. No entanto, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de reconhecer a existência desse tipo de contrato.

Um ponto de vista doutrinário acerca da temática, que não crê na validade, é o de Maria Berenice Dias, cuja lição é no sentido de que "esse tipo de avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetarizar singela relação afetiva" (2016, p. 433).

Consoante ao entendimento apresentado, temos o ponto de vista de Flávio Tartuce, que classifica como nulo o contrato de namoro, nos casos em que exista entre o casal envolvido uma união estável, vez que a parte renuncia por meio do contrato e de forma indireta alguns direitos pessoais, como os alimentos (2020, p. 1749).

Diferentemente, outros autores acreditam na validade desse tipo de negócio jurídico, a exemplo de Zeno Veloso, que em seu artigo "É Namoro ou União Estável", ensina:

> A meu ver, não se trata de "mercantilizar o envolvimento" ou de "monetarizar o afeto", como alguns doutrinadores criticam (inclusive, a eminente mestra Maria Berenice Dias, no Manual, antes citado), mas, apenas, de identificar o relacionamento amoroso que mantêm, deixar clara e bem definida a extensão do mesmo, consignar e esclarecer que, pelo menos no momento presente, não passa de namoro. Quer-se prevenir e evitar a alegação da existência de efeitos materiais que podem ser de grande monta, de altíssimo valor. Advirta- se, entretanto: se, ao contrário do que informa a declaração que emitiram, a união estável entre eles está configurada, ou, posteriormente, vem a se constituir, isto é que vale e tem efeito, e não o que se declarou no chamado contrato de namoro (2016).

Do mesmo modo, Rodrigo da Cunha Pereira acredita que, embora o contrato de namoro seja um anti-namoro, é possível que o casal faça uma declaração para dizer que não quer constituir família, mas, caso a realidade da vida descaracterize o namoro, levando-os ao *status* de união estável, fica, desde já, assegurado naquele contrato, ou declaração, qual será o regime de bens entre eles (2020, p. 1830).

Percebe-se que apesar de diferentes às perspectivas dos doutrinadores, eles entram em consenso acerca de um aspecto, qual seja, o fato da união estável se tratar de um direito de personalidade, logo, indisponível. Uma vez comprovados os aspectos concretos que a caracterizam, o contrato de namoro perde sua validade, e a união estável passa a valer com todos os seus direitos e deveres.

Em relação à perspectiva jurisprudencial, existem alguns julgados reconhecendo o instituto e com considerações até mesmo sobre o namoro simples, o qualificado e a união estável, já abordados no presente trabalho. O STJ, no Agravo em Recurso Especial n° 1.149.402 (BRASIL, 2021), trata dos mencionados aspectos:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.402 - RJ (2017/0196452-8) RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES AGRAVANTE: RUBENS DA LYRA PEREIRA ADVOGADO: MARCO ANTÔNIO NOEL GALLICCHIO - RJ080701 AGRAVADO: UNIÃO DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de agravo interposto por Rubens da Lyra Pereira contra decisão que não admitiu o recurso especial com base no óbice da Súmula 7 do STJ. Impugnada especificamente a decisão, conheço do agravo e passo à análise do recurso especial. (...) Tanto a união estável quanto o namoro qualificado são relações públicas, contínuas e duradouras (requisitos objetivos). O requisito subjetivo (affectio maritalis: ânimo de constituir família) é o elemento diferenciador substancial entre ambas. II. Na união estável, a família já está constituída e afigura um casamento durante toda a convivência, porquanto, nela, a projeção do propósito de constituir uma entidade familiar é para o presente (a família efetivamente existe). No namoro qualificado, não se denota a posse do estado de casado: se há uma intenção de constituição de família, é projetada para o futuro, através de um planejamento de formação de um núcleo familiar, que poderá ou não se concretizar. Precedente do STJ. III. Verificado, no caso concreto, que o Autor mantinha com a falecida um namoro qualificado, não faz jus à pensão estatutária por ela instituída. [...]. A união estável não é inaugurada nem criada por um negócio jurídico. A essência da relação não é definida pelo contrato, muito menos pelo olhar da sociedade, ou de testemunhas em audiência Essa modalidade de união é uma situação de fato que se consolida com o decorrer do tempo (donde surgiu o requisito "relação duradoura", ou "razoável duração") e não depende de nenhum ato formal para se concretizar. Nessa ordem de ideias, pela regra da primazia da realidade, um "contrato de namoro" não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato a união tiver sido estável. A contrário senso, se não houver união estável, mas namoro qualificado que poderá um dia evoluir para uma união estável o "contrato de união estável" celebrado antecipadamente à consolidação desta relação não será eficaz ou seja, não produzirá efeitos no mundo jurídico. (...)

No presente caso, a parte autora queria o reconhecimento de união estável *post mortem*, alegando que o casal teria firmado um contrato de união estável. No entanto, o magistrado em sua decisão monocrática, informou que o casal teve apenas um namoro qualificado, não uma união estável, inválido o pactuado pelo casal. Além disso, elucidou que nos casos dos contratos deve ser observada a primazia da realidade. Nesse sentido, um contrato de namoro não terá validade nenhuma em caso de separação, se, de fato, o relacionamento configurar uma união estável.

Outra decisão interessante acerca da temática foi a proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2020 (BRASIL, 2020), em que o contrato de namoro serviu como meio de prova para a caracterização da intenção do casal na época em que foi realizado, no caso, um namoro, considerado válido, uma vez que foi celebrado de acordo com o artigo 104 do Código Civil, não verificados vícios. Desse modo, foi julgado improcedente o pedido de reforma da sentença formulado pela recorrente em relação à partilha dos bens pelo período do contrato. Convém transcrever o julgado:

> Apelação. Família. Ação de divórcio litigioso, alimentos e partilha de bens. Sentença que decreta o divórcio e partilha, na proporção de 50% para cada um, os valores pagos pelo imóvel durante o casamento. Recurso de ambas as partes. Partes que firmaram contrato de namoro, que exclui a existência de união estável anterior ao casamento. Contrato firmado que não constitui pacto antenupcial. Obrigações lá assumidas que não podem ser discutidas na ação de divórcio. Bens adquiridos antes do casamento que não devem ser partilhados. Prestações do imóvel de propriedade exclusiva do réu pagas durante o casamento que devem ser partilhadas na proporção de 50% para cada um. Alimentos que não são devidos à autora. Requerente pessoa jovem e apta a trabalhar, ainda que momentaneamente desempregada. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS (BRASIL, 2020).

Depreende-se, de acordo com as decisões, que a realização de um contrato de namoro, quando não configurada a união estável, resulta em sua validade. Contudo, faz-se necessária a observância, em cada caso, da primazia da realidade, para averiguar se, no momento da realização do contrato, o relacionamento era de fato um namoro, pois, caso estejam presentes os requisitos da união estável, a mera existência de um contrato de namoro firmado entre as partes não é suficiente para sua desconfiguração.

4 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração o apresentado no trabalho, percebe-se que o Direito de Família no Brasil vem enfrentando intensa e profunda transformação, como o redimensionamento da sexualidade, plena independência feminina, mudança nos papéis dos membros da família e as transformações da privacidade.

Com isso, novos projetos afetivos e modelos de família vão surgindo, como a união estável analisada na pesquisa, que era vista como união impura, passando a ser aceita, tanto pela sociedade, como perante o estado, de modo a ser protegida e ter direitos equiparados ao casamento.

Com a consolidação da união anteriormente citada no nosso ordenamento jurídico, se tornaram comuns demandas no poder judiciário em relação ao seu reconhecimento, dissolução, e, consequentemente, à partilha de bens entre os ex-companheiros.

Desse modo, pela insegurança de que um simples namoro, ou até mesmo um namoro qualificado, fosse confundido com uma união estável, que garante direitos e deveres, os casais passaram a efetuar negócios jurídicos para proteção jurídica e patrimonial, pactuando que seu relacionamento consiste em um namoro, o instituto do

contrato de namoro.

Esse tipo de contrato, apesar de não ter respaldo em lei, é considerado um contrato atípico, sendo válido se não contrariar a lei, a ordem pública, os princípios gerais de direito e os bons costumes. Contudo, a doutrina e a jurisprudência demonstram que a celebração do contrato, por si só, não é capaz de afastar os efeitos da união estável, caso ela exista no momento da realização do contrato ou venha a existir. Nesse cenário, estamos tratando de direitos indisponíveis, um deles o da dignidade da pessoa humana, vedado que se afastem os efeitos decorrentes da união estável.

Dessa forma, faz-se necessária a observância judicial em cada caso, a fim de analisar eventuais vícios contratuais e verificar o cumprimento dos princípios norteadores dos contratos, como o princípio da autonomia privada e da boa-fé objetiva, pois, caso as partes ou uma delas passem a atuar com má-fé contratual ou em desacordo com as leis, deve ser invalidado o negócio jurídico.

Conclui-se que o contrato de namoro pode ser uma alternativa e servir como prova quando o casal pretender deixar demonstrado o que considera da sua relação na atualidade, podendo até mesmo pactuar qual será o regime de bens, caso o namoro se torne uma união estável. No entanto, frisa-se que as leis surgem com o intuito de proteger aqueles que possam estar em situação de vulnerabilidade, existindo os direitos de personalidade, indisponíveis, situação configurada na união estável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.454.643-RJ (2014/0067781-5). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 10 de março de 2015. **Jusbrasil**. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5/relatorio-e-voto-178417366>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.149.402-RJ (2017/0196452-8). Relator: Ministro O G Fernandes. Brasília, 10 de setembro de 2017. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499312520/agravo-em-recurso-especial-aresp-1149402-rj-2017-0196452-8/decisao-monocratica-499312535>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1007161-38.2019.8.26.0597. **Jusbrasil**. Relatora: Cristina Medina Mogioni. São Paulo, 02 de junho de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1226383598/apelacao-civel-ac-10071613820198260597-sp-1007161-3820198260597/inteiro-teor-1226383618>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0260978-85.2019.8.21.7000. **Jusbrasil**. Relator: Rui Portanova. Santa Maria, 25 de setembro de 2020. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933290103/apelacao-civel-ac-70082890690-rs/inteiro-teor-933290111>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Segunda Turma Cível. Acórdão. Apelação. Relator: Sandoval Oliveira. Julgamento em 14 de julho de 2021. **TJDFT,** 27 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/uniao-homoafetiva-como-entidade-familiar>. Acesso em: 08 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes; DEBS, Martha El (comp.). **O Registro Civil das Pessoas Naturais**: reflexões sobre temas atuais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
VELOSO, Zeno. **É Namoro ou União Estável?**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 10 out. 2021.

O PRINCÍPIO DA FINALIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Pedro Henrique Targino Dantas[1]
Marcelo Henrique de Sousa Torres[2]

RESUMO

A dissertação científica que segue tem como finalidade analisar os avanços da tecnologia e os saltos que foram promovidos a partir da evolução dos meios de comunicação, para o que hoje podemos intitular de "Sociedade em Rede" e, como consequência, a forma que o uso dos dados e informações de natureza pessoal se transformaram em ferramentas inerentes ao desenvolvimento não só das tecnologias, como também das relações interpessoais e, consequentemente, as formas que o Direito Brasileiro encontrou para se adequar diante do cenário. A partir disso, é fundamental evidenciar a evolução dos pontos supramencionados, não só no ponto de vista tecnológico, mas também nas relações humanas, destacando as relações de consumo e a sua interferência direta na tutela de direitos fundamentais consagrados no âmbito constitucional, como à título de exemplo, os direitos à imagem e à privacidade, em razão não só da exposição inerente ao caráter das redes sociais, mas também o próprio compartilhamento de dados fez com que o sentimento de vulnerabilidade viesse cada vez mais à tona. Portanto, no que toca as relações consumeristas, é essencial a feitura de uma análise ao Princípio da Finalidade de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), e o seu impacto nas relações de consumo. Dessa forma, torna-se pontual uma contextualização histórica, não só das relações de consumo, bem como dos negócios jurídicos que envolvem o tratamento de dados até chegarmos ao cenário atual de uma sociedade amplamente conectada e que basicamente se molda a base não só da constante celebração de negócios cada vez mais complexos, como também do constante compartilhamento de informações de todas as qualidades. Portanto, é imperioso destacar as principais implicações e

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail:pedrohtargino.dir@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI- RN

desafios da Lei nº 13,709/2018, bem como as pretensões à reparação de danos causados em decorrência de seu descumprimento, a fim de não só realizar uma análise dos seus impactos nas relações de consumo, como também resolver a problemática do impacto geral dessa lei não só para os cidadãos, mas também às pessoas jurídicas que estão vinculadas ao que fora exaustivamente abordado até então. Para tanto, o presente estudo há de ser pautado a partir do método Hipotético-Dedutivo, buscando apresentar a eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Dados pessoais. Sociedade em rede. Direitos fundamentais. LGPD. Relações de consumo.

THE PUPOSE PRINCIPLE OF GENERAL DATA PROTECTION LAW AND HIS IMPACT ON CONSUMER RELATIONS

ABSTRACT

The scientific dissertation that follows aims to analyze the advances in technology and the leaps that have been promoted from the evolution of the means of communication, to what we can now call "Network Society" and, a consequence, the way I use it. data and information of a personal nature were transformed into tools inherent to the development not only of technologies, but also of interpersonal relationships and, consequently, the ways that Brazilian law found to adapt to the scenario. From this, it is essential to highlight the evolution of the aforementioned points, not only from a technological point of view, but also in human relations, highlighting consumer relations and their direct interference in the protection of fundamental rights enshrined in the constitutional scope, as in the title for example, the rights to image and privacy, due not only to the inherent exposure to the nature of social networks, but also the sharing of data itself, made the feeling of vulnerability increasingly surface. Therefore, when it comes to consumer relations, it is essential to carry out an analysis of the Principle of Purpose of the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD), and its impact on consumer relations. In this way, a historical contextualization becomes punctual, not only of consumer relations, as well as of legal transactions involving data processing, until we reach the current scenario of a widely connected society that basically shapes itself as the basis not only of constant

celebration of increasingly complex businesses, as well as the constant sharing of information of all kinds. Therefore, it is imperative to highlight the main implications and challenges of Law No. 13.709/2018, as well as the claims to repair damage caused as a result of its non-compliance, in order not only to carry out an analysis of its impacts on consumer relations, but also to resolve the issue of the general impact of this law not only for citizens, but also for legal entities that are linked to what had been exhaustively addressed so far. Therefore, this study must be based on the Hypothetical-Deductive method, seeking to present the effectiveness of the General Data Protection Law.

Keywords: Personal data. Network society. Fundamental rights. LGPD.

1 INTRODUÇÃO

É um fato que o ser humano é uma espécie que está em constante evolução. Melhor do que qualquer outra espécie, fomos capazes de criar, a partir das ferramentas que a própria natureza nos proporciona, mecanismos e maneiras de viver da forma mais confortável o possível. Diante disso, é notório que a partir da primeira revolução industrial, a evolução da espécie vem escalando exponencialmente, o que, como é de se esperar, contribuiu para que a complexidade dos negócios jurídicos fossem aumentando.

Destarte, é conveniente dizer que o compartilhamento de dados sempre fez parte da natureza do ser humano, não somente para fins comerciais, como também pessoais. Todavia, notório é que com o avanço das relações jurídicas, em especial as relações de consumo, que o compartilhamento e o tratamento dedados vem se tornando um comportamento cada vez mais comum dentro da nossa realidade. Hoje, é conhecido que a maioria esmagadora das grandes empresas se adequou ao meio digital, com o intuito de trazer maior escala aos negócios, como também maior comodidade e conforto ao consumidor.

Dessa forma, o compartilhamento e o tratamento de dados vem se tornado algo que é, basicamente, fundamental dentro de uma relação de consumo, principalmente quando observamos que realmente junto ao desenfreado avanço da

chamada “Sociedade em Rede”.

De antemão, é preciso observar que tais avanços não nos trazem somente benesses. É explícito que junto ao avanço das relações de consumo e que, em razão de sua própria natureza venhamos numa constante normalização do tratamento de dados, que essa evolução nos trouxe encargos dos quais precisamos necessariamente nos atentar.

É indubitável que sim, o tratamento de dados por muitas vezes é necessário para que o prestador de serviço ou fornecedor de produtos exerça suas funções em plenitude, toda via, esse comportamento fez com que um sentimento de vulnerabilidade florescesse na sociedade, principalmente no que tange os direitos à imagem e a privacidade do consumidor.

Portanto, como estamos tratando de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e devidamente regulados pelo Código Civil de 2002, é primordial que a presente pesquisa delibere sobre tal ponto em específico e, claro, principalmente nos aspectos em que a Nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em especial por meio do seu Princípio da Finalidade, visa atuar e impactar positivamente a sociedade, para que dessa forma, o sentimento de segurança sobre a forma como nossas informações são manejadas retorne às relações de consumo.

2 A UTLIZAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A SOCIEDADE EM REDE

Sem dúvidas hoje o ser humano vive em um mundo mais conectado do que nunca. As distâncias se tornaram cada vez mais curtas com o advento da internet e a ampla adesão que o ser humano a deu nos últimos 30 anos. Isso somente é possível em decorrência das constantes modificações em que vem passando a sociedade por todo o globo, essa que podemos intitular “Sociedade em Rede”, pela ótica de uma era tecnológica.

Todavia, para que tal posição tão privilegiada, o mundo teve de passar por uma série de mudanças estruturais, no tocante aos modelos políticos e econômicos que vinham vigorando ao redor do mundo, até chegarmos ao atual patamar político e tecnológico. Um marco importante desse processo e um dos principais pilares da história mundana foi a Revolução Industrial, evento que ocasionou em uma série de modificações políticas, econômicas e, consequentemente, sociais.

A partir disso, os meios de comunicação apenas se expandiram, auxiliando, consequentemente, a uma maior conectividade entre os seres humanos ao redor do mundo o que, por óbvio, contribuiu diretamente para o refinamento dos negócios jurídicos. Com isso, pela constante evolução de aprimoramento dos meios de comunicação, o armazenamento de dados foi se transformando em uma característica cada vez mais corriqueira, não só das redes sociais e meios de comunicação como um todo, como também para as empresas que passaram a se integralizar e se adaptar aos meios digitais, moldando-se a o que hoje é chamado de "banco de dados".

Dentro dos parâmetros jurídicos atuais, o conceito de banco de dados é um elemento que chama a atenção do legislador por contemplar dados pessoais de maneira geral, tanto que vem a contemplar tal elemento no Art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, contemplando-os com uma série de relevantes caracterizações, nos termos:

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
> III - dado anonimizado: dado relativo à titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
> IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

Assim, em razão de uma própria característica das relações humanas e consequentemente das relações jurídicas, é nítido que a utilização de meios de armazenamento de dados e coleta organizada de informações pessoais já são fundamentais dentro da nossa realidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, é notório que o atual estado de Sociedade em Rede que vivemos, torna-se apenas um fator contribuinte para a escalabilidade de um comportamento que sempre foi inerente as nossas relações, não só no que tange o compartilhamento de dados, como também o tratamento para uso econômico ou pessoal.

Destarte, o modelo social em que estamos inseridos contempla uma série de benesses, como também de encargos, sendo um ponto a ser discutido, no sentido do

armazenamento e tratamento de dados, as vantagens ao ponto de vista das empresas, bem como desvantagens ao vislumbrar dos titulares de dados, seja pessoa física ou jurídica, que veem a importância das suas informações pessoais vinculadas tão somente aos fins econômicos e comerciais.

Portanto, por meio da coleta de dados, existe a possibilidade de as empresas explorarem e expandirem o próprio mercado de forma mais assertiva, a partir de um estudo bem direcionado do próprio mercado, bem como um direcionamento mais ordenado a partir das informações coletadas diretamente do consumidor final.

Nesse sentido, é certo que a questão econômica dos dados pessoais é de grande importância para a esmagadora maioria dos negócios da atualidade. Por isso, é certo também haver interesses e demandas políticas sobre esses dados, uma vez que se pode filtrar a personalidade de cada cidadão de forma mais clara, alinhando-se, claro, um discurso mais assertivo. Foi essa linha de raciocínio que levou o mundo ao escândalo ocorrido nas eleições americanas de 2016, onde a Cambridge Analytica fora acusada de violar os dados de 87 milhões de usuários do Facebook, sendo a rede social também acusada de atuar em conjunto com a empresa supramencionada.

Finalmente, os motivos exaustivamente narrados até o presente são um dos principais para os dados serem, na atualidade do cenário social do mundo, um dos principais ativos que movem a economia global. No entanto, apesar de já comprovada a sua relevância à um lapso de tempo significativo, somente foram ocorrer respostas políticas ao redor do mundo nos últimos 10 anos, a partir da GDPR, publicada na União Europeia no ano de 2016, bem como e Marco Civil da Internet, no brasil em 2014 e, óbvio, a Lei Geral de Proteção de Dados, a qual entrou em vigência no ano de 2019 no território nacional.

3 O EXPANSIONISMO DIGITAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

As relações de consumo sempre foram um dos principais cernes, não só dos moldes econômicos globais, como também da nossa própria sociedade. Desde as mais primitivas sociedades humanas que o escambo fez parte da nossa realidade, sendo com o passar dos anos, essas relações refinadas a partir da criação da moeda, que teve como fundamento trazer maior isonomia e proveito nessas relações de troca.

Diante disso, percebe-se que, apesar de as legislações próprias para as relações

de consumo só serem objeto de debate a partir da década de 1960, é inegável que elas sempre existiram na nossa sociedade, podendo-se dizer então, que os conceitos de consumidor e fornecedor é consideravelmente antigo.

Portanto, por se tratar de um negócio jurídico inerente à natureza humana, é notório que esta venha a se aprimorar junto à própria evolução da espécie, fato esse inegável ao se vislumbrar tais elementos junto à globalização que passou e vem passando o globo a partir do século XX, que segundo Anthony Giddens[3]:

> o conceito de globalização, dado por Giddens, refere-se à intensificação das relações sociais em escala mundial e as conexões entre as diferentes regiões do globo, através das quais os acontecimentos locais sofrem a influência dos acontecimentos que ocorrem a muitas milhas de distância e vice-versa. As consequências de nossos atos estão encadeadas de tal forma que o que fizemos agora repercute em espaços e tempos distantes. Isto diz respeito às interconexões que se dão entre as dimensões global, local e cotidiana.

Sendo inegável que a globalização foi e vem sendo um dos principais fenômenos da história, seria impossível que as relações de consumo não fossem diretamente atingidas por tal advento. Com o avanço da tecnologia e, consequentemente, dos meios de comunicação e internet, o consumidor vem sendo contemplado com uma série de novos mercados, devidamente adaptados a cenário atual: mais rápidos e personalizados.

Como já dito, apesar de inerente aos comportamentos humanos mais primitivos, as relações de consumo passaram a ser tuteladas pelos Estados ao redor do mundo a partir da segunda metade do século XX, onde, no que toca o Brasil, foi instituído o Código de Defesa do Consumidor, conhecido e denominado pelas iniciais CDC, em 1990, por meio da Lei n 8.078[4], constituindo então, uma típica norma de proteção de vulneráveis, que no caso, são os consumidores.

De acordo com a norma aqui abordada, em seu artigo 2º[5], consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário, equiparando-se a tal conceito a coletividade de pessoas, ainda que não determinadas, que haja intervindo nas relações de consumo. Seguindo essa linha de raciocínio, a lei

[3] GIDDENS, Anthony. O mundo na era da globalização. Lisboa: Presença, 2000. Pagina 01. https://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/Texto-GIDDENS-Globalizacao.pdf

[4] TARTUCE, Flávio. ASSUMPÇÃO AMORIM NEVES. Daniel. Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual. Vol. Único. 2021. Página 29.

[5] Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

enquadra o fornecedor como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, incluindo-se também a este rol os entes despersonalizados, que venha a desenvolver atividade de produção, montagem, criatividade construção e todo o rol trazido pelo art. 3º do CDC[6].

Diante de tal conceituação trazida pelo próprio Código Consumerista, fica por óbvio que, em regra, o consumidor encontra-se em um polo com recursos mais escassos do que o fornecedor, encontrando-se então, como uma parte frágil dentro da relação de consumo. Em razão disso, as normas consumeristas vigentes tem como cerne o princípio da isonomia constitucional, retirada do Art. 5º, caput, da Constituição Brasileira de 1988, sendo, portanto, uma norma fundamental para a adaptação da realidade contemporânea, principalmente no que tange o atual complexo e veloz modelo de sociedade que vivemos atualmente.

> Relação de Consumo é a aquela na qual existe um consumidor, um fornecedor e um produto/serviço que ligue um ao outro. É requisito objetivo de existência, de modo que, para haver relação de consumo, necessariamente, deve haver, concomitantemente, os três elementos.

Fato é que não demorou muito até que as relações de consumo passassem a se concentrar consideravelmente no meio digital, não só por comodidade do consumidor, bem como a abertura de maiores aberturas para escala das empresas que atuam no mercado atual. Diante de tal alteração no cenário econômico mundial, uma série de demandas forma tomando cada vez mais força. Ficou evidente que o uso da internet, não só dentro da relação entre consumidor e fornecedor, mas em decorrência da liberdade que visa proporcionar, precisava de uma atenção mais pontual por parte do Estado. Em razão disso, buscando fomentar uma função social da internet, bem como impor limites éticos ao seu uso e breves implicações sobre o tratamento de dados, que foi publicada a Leiº 12.956/2014, chamada de Marco Civil da Internet.

No entanto, com o avanço desse mercado e com o desenvolvimento de softwares à base de banco de dados, ficou evidente que o sentimento de

[6] Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

vulnerabilidade Brasil à fora sobre os seus direitos à imagem e à privacidade era crescente, não bastando, no caso do território nacional, a norma supracitada para lidar com tal sentimento de insegurança.

No território nacional, tais direitos são tutelados não só pelo Código Civil vigente, em seus artigos 20 e 21[7], bem como possuem acento Constitucional, estando expressos no artigo 5º, inc. X da Carta Maior[8]. Portanto, em razão da grande importância legal e política que tais direitos representam, o legislador se viu obrigado a encontrar meios de se adequar a tal demanda da sociedade, o que o buscou com a publicação da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, também conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Como exaustivamente exposto até o presente momento, é fato que o tratamento de dados se trata de um comportamento que possuía grande clamor popular por sua devida regulação estatal. No cenário dinâmico atualmente vivido pela humanidade, é inevitável que as ações que envolvem o compartilhamento e o tratamento de informações pessoais se torne algo praticamente obrigatório e inerente não só as relações de consumo, como também todas as relações interpessoais como um todo.

Tais elementos, igualmente atrelados ao sentimento de vulnerabilidade que vem pairando pela sociedade sobre como estão sendo manuseados os dados pessoais consentidos, que o legislador brasileiro vislumbrou a necessidade de regular todo e qualquer tipo de ação que envolva o tratamento de dados.

Pois bem, é perceptível que a Lei Geral de Proteção de Dados visa reacender na população o sentimento de segurança quanto ao uso e detenção de suas informações pessoais. A norma em tela visa, a partir de princípios norteadores, bem como

[7] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

[8] 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:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

punições administrativas, atingir tal necessidade.

A Lei nº 13.709/2018 elenca em seu artigo 6º os princípios que devem nortear a aplicação da norma às relações que envolvem o tratamento de dados pessoais dentro do território nacional, bem como aquelas que envolvem dados que foram colhidos dentro do brasil, além de claro, eventualmente contemplar os pontos que devem atentar o agente de tratamento durante a execução de suas atribuições.

É notório, no entanto, que o Princípio da Finalidade, encontrado no art. 6º, inc. I[9], é o que vem a se destacar no que tange o armazenamento e solicitação do consentimento em deter aquele dado pertencente ao titular, uma vez que sua função é, basicamente, determinar que para cada dado que venha a ser colhido durante a relação agora discutida, é preciso apresentar a sua finalidade, não só para a entrega plena do serviço ou produto que venha a ser adquirido pelo consumidor, bem como para as outras atribuições que ele terá dentro do banco de dados daquele que passará a detê-lo. Seguindo essa linha de raciocínio, o doutrinador Marcio Pestana[10] nos contempla sobre o princípio ora mencionado:

> Refere-se a propósitos específicos, por enfatizar a preocupação de que o tratamento se volte, certeiramente, para um objetivo determinado relevante para o ser, como se dá ao procurar minorar as repercussões do infarto ou de prolongar a vida no espaço sideral.

Diante de tais definições, é certo dizer que o presente agora abordado, no que tange as suas aplicações junto ao Código de Defesa do Consumidor, buscar trazer segurança do que será feito com os dados que o consumidor apresentar consentimento para o tratamento, assegurando-o que todos os dados cedidos somente serão utilizados para que a prestação de serviço ocorra plenamente.

5 A REPERCUSSÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS NO MERCADO DE CONSUMO

Conforme exposto alhures, quando estamos tratando sobre dados pessoais, é basilar ter o entendimento de que estamos diante da exposição e razões inerentes à direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, já que obviamente, estão

[9] 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;
[10] PESTANA, MARCIO. Os Princípios no Tratamento de Dados na LGPD (Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais). Página 02. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo- marcio-pestana-lgpd.pdf

diretamente correlacionados com a proteção da vida privada e da intimidade, da dignidade da pessoa humana, bem como expressões da liberdade e da igualdade[11]. Dito isso, é mister salientar que a Constituição da República, como símbolo de vanguarda, em seu artigo 5º, inciso XII, assegura como um direito fundamental a inviolabilidade do sigilo de dados:

> Art. 5 – [...]
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Nota-se então, que até mesmo em datas anteriores a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados, o direito brasileiro se moldou à importância da presente matéria, obrigando não só o legislador infraconstitucional, como também todos os agentes do direito a se aterem incisivamente às relações que envolvam informações pessoais, o que não poderia ser diferente naquelas que envolvem o consumo.

No que tange o tipo de relação acima mencionado, percebe-se que quando se está diante de um amplo econômico, dos dados retidos tem o seu valor aumentado, basta notar a transição que vive o mercado de consumo para a produção massificada e exploração das ferramentas digitais, o que por óbvio, implica em uma série de mudanças para o mercado de consumo, bem como o surgimento de novos riscos.

Um exemplo que merece ser mencionado, é o da Target, varejista norte-americana que a partir da análise dos dados retidos, passou a interferir e analisar a probabilidade de gravidez das suas clientes/consumidoras, mediante verificação da lista de produtos que habitualmente vinham adquirindo.

> A equipe de analytics da Target, uma das maiores varejistas dos Estados Unidos, notou que havia certo padrão de consumo no evento de uma gravidez, como por exemplo a compra de loções sem essência, sabonetes sem cheiro específico, além de suplementos alimentares como cálcio, magnésio e zinco. Na realidade, para ser mais preciso, a equipe de estatísticos da Target definiu uma cesta de 25 produtos que mulheres grávidas costumam comprar. Dessa forma, era possível até estimar a probabilidade de gravidez (de 0 a 100%) e, inclusive, o estágio da gravidez que a mulher se encontrava (em semanas).
> Com isso em mãos, a Target enviava as "potenciais mamães" cupons de

[11] 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:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

> descontos e ofertas já personalizadas para o período da gravidez em que ela estava, tendo em vista o modelo preditivo construído. Foi tudo muito bem, até que um homem enfurecido entrou em uma loja da rede varejista, próximo a Minneapolis, querendo explicações para o envio de cupons de desconto de produtos relacionados à gravidez para sua filha adolescente. Segundo o pai, a filha, que ainda estava no ensino médio, sequer precisava daqueles produtos e esse tipo de oferta poderia incentivar a gravidez precoce.[12]

Sabe-se que existem inúmeros interesses sobre informações aos fornecedores. No entanto, tradicionalmente falando, os bancos de dados foram organizados com a finalidade de permitir a determinação de uma "régua" do risco de crédito de terminado mercado, ou seja, para o refinamento das avaliações do poder de compra e acesso ao crédito dos consumidores, bem como o seu comportamento anterior em relação a outras dívidas constituídas.

Sobre tal padrão, sabiamente o legislador o observou, tanto é que recai sobre esse comportamento aquilo que dispõe o artigo 43 da Lei Consumerista.[13] Porém, restou evidente que apenas o Código De Defesa do Consumidor não conseguia lidar, de maneira integral e eficiente, com as novas demandas da sociedade sobre as matérias inerentes ao tratamento de dados pessoais vinculados às relações de consumo. Daí notou-se a necessidade da publicação de uma lei específica para determinado tipo de relação, o que ocasionou no surgimento da LGPD.

Por sua vez, a sua edição, além de abranger planos muito além das relações de consumo, aperfeiçoa os direitos previstos na Lei nº 8.078/1990, a partir da atuação de princípios norteadores que interferem diretamente no horizonte a qual disciplina a legislação consumerista vigente, já que com as constantes modificações mercadológicas, a formação de perfis de segmentação dos potenciais compradores ou contratantes de serviços, os dados relativos as suas relações no ambiente comercial, estilo de vida, preferências pessoas, e até a análise de comportamento precisaram se adequar à essa nova lei.

Ademais, é preciso vislumbrar o outro ângulo inerente a esse tipo de relação. Nesse sentido, é certo que a LGPD não trás apenas encargos para aquelas que, para o exercício de suas atribuições, precisam lidar com o tratamento de dados pessoais de todas as naturezas.

---

[12] Big Data: Como a Target descobriu uma gravidez antes da família?. Disponível em: < https://www.oguiafinanceiro.com.br/textos/big-data-como-a-target-descobriu-uma-gravidez- antes-da-propria-familia/>

[13] Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

É importante lembrar, que a eficiência da norma e seus princípios, assim como de qualquer outra, não dependerá somente das autoridades competentes com a ANPD e os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mas também de um sentimento de consciência coletiva dos cidadãos e agentes de tratamento no que tange a importância dos dados pessoais, não só economicamente, como também para a integridade de sua imagem e significado.

Por essa razão, a legislação apresenta severas penalidades para o seu descumprimento. Em primeiro de agosto, entraram em vigor as penalidades dispostas nos artigos 52, 53 e 54 da Lei Geral de Proteção de Dados.

Os dispositivos sobremencionados trazem uma série de sanções administrativas para eventuais violações das regras previstas, com a advertência, havendo a possibilidade de medidas corretivas, multa de até 2% (dois por cento) do faturamento, podendo chegar a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o bloqueio ou a eliminação dos dados pessoais vinculados à irregularidade detectada, a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados ou até mesmo a proibição parcial ou total da atividade de tratamento.

Dito isso, é certo que a Lei Geral de Proteção de Dados impacta positividade as relações de consumo, visando preservar os direitos dos consumidores e fornecedores, impondo sanções severas para o seu descumprimento, integral ou parcial, por isso, é coerente afirmar que estamos diante de um marco extremamente relevante para a conservações dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, e regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei n 10.406/2002.

6 O PRINCÍPIO DA FINALIDADE DA LEI Nº 13.709/2018 E O SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS

Como arduamente abordado até o presente momento, a Lei Geral de Proteção de Dados represente um marco extremamente importante para a tutela dos direitos fundamentais trazidos pelo constituinte ao ordenamento jurídico pátrio, trazendo uma série de elementos que visam garantir a transparência com o titular dos dados, bem como mitigar a possibilidade do recolhimento de informações desnecessárias, visando diminuir o sentimento de vulnerabilidade dos cidadãos.

Assim, diante do cenário já apresentado, percebe-se que a publicação da norma ora retratada trás interferências notáveis para as relações que envolvem consumidor

e fornecedor, uma vez que o uso e o tratamento dos dados se tornou um elemento inerente à diversos tipos de relação, o que, por óbvio, não deixaria de lado o comércio, escambo e contratação de serviços, os quais vem, cada vez mais, tomando conta dos meios digitais.

Feita tal introdução, sabemos que todas as normas jurídicas possuem seu objetivo e finalidade, os quais busca-se alcançar a partir da aplicação de princípios norteadores que, apesar de servirem para orientar, também possuem seu valor normativo. Vejamos o que diz Miguel Reale:

> Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.[14]

Restando clara a importância norteadora e normativa dos princípios, nota- se que, no que tange a LGPD, devemos dar uma atenção especial a seus princípios, não só por estarem diretamente positivados no corpo da própria lei, discriminados em seu art. 6º, mas também por regularem diretamente normas que objetivam por interferir positivamente em direitos da personalidade, estes diretamente ligados à ideia ao conceito de dignidade de pessoa humana.

Pois bem, atrelando a atual análise ao tipo relação objeto da presente pesquisa, notamos que a maior interferência, bem como a maior benesse da LGPD quando vislumbrado seus impactos na relação de direito do consumidor, é no tocante a transparência, bem como maior participação do polo mais vulnerável dentro dessa relação. Isso tudo se dá, graças a aplicação e respeito aos princípios da Transparência, do Livro Acesso, mas principalmente do Princípio da Finalidade, disposto no art. 6º, inc. I[15], da Lei.

Sobre o princípio supramencionado, este apresenta grande importância na prática, afinal, é com base nele que se fundamente a restrição da retenção de dados pessoais a terceiros, além de que se pode, mediante a sua aplicação, estruturar um critério para valorar a razoabilidade para a utilização de determinadas

[14] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60

[15] 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;

informações para uma certa finalidade, fora da qual estaria constituída a abusividade.

O Princípio da Finalidade faz com que aquele que busca obter o consentimento do titular dos dados, está obrigado a demonstrar, expressamente, as finalidades as quais aqueles dados serão utilizados. Portanto, a utilização das informações cedidas, para o tratamento ou compartilhamento diversos das finalidades expressas na data do consentimento, torna ineficaz e ilícita a conduta, ensejando responsabilidade, bem como todos os meios de tutela efetiva do direito do titular dos dados.

Nas situações em que resta comprovada a violação, nascerá no violado não só a pretensão de ter os seus dados reparados pela utilização indevida de suas informações, como também a pretensão inibitória, para evitar ou fazer cessar o ilícito, sem prejudicar o exercício das medidas administrativas que, no que tange as relações de consumo, há de ser exercida tanto pela ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) quanto pelos Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, obviamente, não vedando a atuação outra entidade da Administração com competência para tal.

Seguindo essa linha de raciocínio, é fundamental pautar que o legislador, em atenção a subjetividade do que seria ou não uma finalidade legítima para o tratamento de dados, nos contempla no art. 7º da Lei aqui tratada, todas as hipóteses em que pode acontecer o tratamento de dados.

O artigo supramencionado apresenta 10 incisos no total, apresentado um rol taxativo de hipóteses para o tratamento de dados pessoais. Apesar de soar limitante ao primeiro olhar do agente de tratamento, a enumeração das hipóteses diretamente positivadas na própria legislação acaba, no fim das contas, oferecendo mais segurança jurídica para ambas as partes envolvidas na relação.

Nessa linha de raciocínio, é edificante apontar que, no que tange as relações regidas pela legislação do consumerista, os incisos I, II, VI, VIII, IX e X merecem maior destaque, uma vez que os demais tratam de questões inerentes ao interesse público.

Destarte, quando estamos diante de dados sensíveis, o art. 11 é impera sobre tais questões. Todavia, o §3º do mesmo artigo permite que a quando a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores tenham por objetivo obter vantagem econômica, este poderá ser objeto de vedação ou regulamentação por parte da ANPD, seguindo o procedimento adequado.

Nos casos retromencionados, sempre existirá a tensão entre o exercício da livre-iniciativa, da privacidade e da defesa do consumidor, sendo reconhecida por lei

regulamentar que deve promover, e qualquer tipo de intervenção que venha a acontecer, a concordância desses três direitos fundamentais de caráter constitucional.

Adiante, conforme tratado anteriormente, o legislador elencou no rol taxativo do art. 7º da Lei 13.709 as hipóteses de finalidade legítima para o tratamento de dados. Pois bem, a primeira hipótese trazida no artigo outrora mencionado é a do consentimento do titular dos dados. Dentro de uma relação que envolve consumidor e fornecedor, a retenção dos dados por parte do agente de tratamento torna-se uma arma de vendas poderosa. A partir de uma boa análise de dados, é possível direcionar um padrão de comportamento daquele titular e, consequentemente, emplacar vendas futuras, por isso o consentimento é tido como uma finalidade legítima, bem como ponto necessário para o estabelecimento de uma relação dentro da legalidade.

Mesmo com o que fora exaustivamente exposto acima, o legislador autoriza o tratamento de dados para o "cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador". Ou seja, o consentimento do titular é sobreposto diante de situação imposta ao detentor dos dados por força de lei.

Ou seja, diante de processo judicial, administrativo ou arbitral, os dados que disponha o fornecedor sobre o consumidor poderão ser utilizados para exercício de pretensão de que seja titular, ou, nas mesas condições, em defesa de pretensão deduzida contra si, por consumidor ou por terceiros.

Dessa forma, por exemplo, assim como em diversas outras situações, poderá o fornecedor fazer uso do endereço fornecido pelo consumidor para endereçar-lhe citação do processo, quanto verificar sua condição de crédito em bancos de dados mais refinados, trazendo tais informações ao processo judicial, desde que sejam pertinentes, ou ainda quando for requerido para informar a relação de contratantes que atendem as condições objeto de determinada lide.

Outro ponto pertinente para esse tipo de situação, no âmbito das relações de consumo, é nos casos para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias. Nesse caso, a finalidade de tutela a saúde do consumidor, no individual ou em sua coletividade, justifica o tratamento de dados. Vale salientar que este tratamento sempre se dará diante no interesse pressuposto da conservação e promoção da saúde do(s) consumidor(es).

Assim, notamos que o princípio até agora retratado, tem como principal e nobre objetivo garantir que as atividades que envolvem o tratamento de dados não

fugiram os limites estabelecidos contratualmente, não só dentro das relações reguladas pela Legislação Consumerista, como também todas aquelas que tal atividade fizer parte.

Finalmente, em razão do que fora amplamente esclarecido até então, resta cristalino que a Lei Geral de Proteção de Dados, em especial, a partir seu Princípio da Finalidade, veio trazer uma série de garantias que visam proteger a saúde dos direitos fundamentais inerentes não só ao consumidor, como também ao fornecedor, evidenciando a procura pela segurança jurídica e democracia dentro das relações de consumo.

7 CONCLUSÃO

Diante dos versos explicitados até o presente momento, percebemos que a Lei nº 13.709 tem como objeto a regulação das relações que envolvem o tratamento de dados, tendo como principal objetivo recuperar o sentimento de segurança dos cidadãos sobre a circulação das suas informações pessoais, principalmente após uma série de episódios que colocaram a segurança das suas imagens e privacidades em cheque.

Ademais, cumpre salientar que essa atividade mostra a sua importância e relevância, uma vez que, cada vez mais, o tratamento de dados vem ser tornando algo inerente às relações humanas, principalmente aquelas já inseridas e consolidadas dentro dos meios digitais, com o evidente destaque das relações de comércio, em especial, àquelas regidas pela Legislação Consumerista.

Certo é, que a nossa Constituição Federal já consagrada a proteção aos dedos pessoais como um direito fundamental, cumprindo ressaltar também, a atenção que o legislador infraconstitucional teve à tal demanda da sociedade, uma vez que não só art. 43 do Código de Defesa do Consumidor tem atuação direta sobre tal situação, mas também o Marco Civil da Internet, Lei publicada em abril de 2014, dispositivos estes que já buscavam tratar, mas não especificamente, sobre questões inerentes ao tratamento de dados.

Outrossim, é notório o impacto da nova legislação no ordenamento jurídico brasileiro, interferindo diretamente em todas as relações jurídicas já consolidadas, nas novas e nas já existentes, dos contratos mais simples até a mais complexa relação

estabelecida entre consumidor e fornecedor, sendo essa última extremamente relevante para o caso em tela, principalmente em razão ao poder que os dados apresentam na sociedade em rede, não só sobre a exposição dos usuários, como também para estratégias comercias mais bem elaboradas e refinadas.

Tão grandes são os seus efeitos e importância, que o legislador estabelece punições severas para o descumprimento dos termos aduzidos pela norma, a fim de consolidar os direitos e garantias estabelecidos não só para o titular dos dados, como também para o agente de tratamento.

No mais, cabe destacar que o Princípio da Finalidade merece destaque em detrimento dos demais dispositivos da legislação, principalmente em detrimento aos contratos de consumo, uma vez que, em seus próprios termos, determina a clareza e as razões pelos quais os dados colhidos serão utilizados, firmando uma relação mais cristalina entre os agentes, bem como visando garantias para ambos os polos.

Conclui-se então, que a Lei Geral de Proteção de Dados destaca-se como um novo marco quando se fala sobre a tutela de direitos e garantias fundamentais consagrados não só pelo poder constituinte originário, como também aqueles já regulados na legislação infraconstitucional, dando-se o devido destaque aos efeitos do Art. 6º, I, da Lei sobredita dentro das relações de Direito do Consumidor, impactando positivamentenão só as relações contratuais, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov/>.

_____. Lei n°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Publicado no **Diário Oficial da União** em 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov/>.

_____. Lei n°. 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Publicado no **Diário Oficial da União** em 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov/>.

_____. Lei n°. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.Código de Defesa do Consumidor. Publicado no **Diário Oficial da União** em 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov/>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**: e Teoria da Constituição. 7.ed. Editora Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, André Borges. AGUIRRE, José Ricardo. **Direito Civil**. 5.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetuosa, 2012

DINIZ ALVES, José Eustáquio. O aumento do padrão de vida da humanidade nos últimos 20 anos. **UFJF**. Minas Gerais, 30 de mar. 2018. Disponível em: <https://www.ufjf.br/ladem/2018/03/30/o-aumento-do-padrao-de-vida-da-humanidade-nos-ultimos-200-anos-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 22. ed. Editora Forense

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro I**. Parte Geral. 9.ed. Editora Saraiva, 2012

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais, 2019

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais Online**. v.1009/2019.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011

O GUIA Financeiro. Big Data: Como a Target descobriu uma gravidez antes da família? Disponível em < https://www.oguiafinanceiro.com.br/textos/big-data- como-a-target-descobriu-uma-gravidez-antes-da-propria-familia/>, 2019

PESTANA, Marcio. **Os Princípios no tratamento de dados na LGPD** (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf >

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986

RICCETTO, Brígida. **A aplicabilidade da LGPD nas relações de consumo**. 12 de Abril de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343495/a-aplicabilidade-da-lgpd >

SILVEIRA, Pedro. **A LGPD comentada** - Artigo por Artigo da Lei Geral de Proteção de Dados, 2020

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. **Acervo Digital UFPR**. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/56635>

TARTUCE, Flávio. ASSUMPÇÃO AMORIM NEVES. Daniel. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito Material e Processual. v. único. 2021. p. 29.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil I**. Parte Geral. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2011

(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO RIO GRANDE DO NORTE: OS MECANISMOS EXISTENTES PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Alycia Medeiros Damasceno Palhares Bernardino[1]

Sandresson de Menezes Lopes[2]

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de propor uma análise mais voltada às ferramentas de proteção à mulher e as falhas que esses mecanismos possuem no contexto nacional e regional, em específico, no Rio Grande do Norte. Dessa forma, demonstrará quais os meios existentes no RN para a efetivação das medidas protetivas de urgência constantes na lei n° 11.340/2006, e de que forma serão aplicadas. Ademais, discutirá as falhas nos meios de fiscalização que são utilizados, e as soluções para garantir a efetivação das medidas protetivas de urgência. Pretende-se através dessa pesquisa verificar possíveis soluções para que essas medidas sejam cumpridas de forma eficaz, buscando saídas que possam preservar a paz e o equilíbrio emocional das vítimas que estão passando ou já passaram por perigo de vida em seu ambiente doméstico e familiar. No desenvolvimento do estudo será compreendido onde estão essas medidas na Lei n° 11.340/06, quais são as medidas utilizadas e os mecanismos existentes para efetivar o seu cumprimento, para então analisarmos onde ocorrem as falhas nesses mecanismos. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, tendo como base o estudo dos fatos e as leis, partindo de premissas de casos e acontecimentos à realidade por eles revelada, onde vemos a ineficiência das medidas protetivas de urgência sob o prisma da atual fiscalização.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Fiscalização.

[1] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
[2] Professor e orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

(IN) EFFECTIVENESS OF THE URGENT PROTECTIVE MEASURES IN THE RIO GRANDE DO NORTE: THE EXISTING MECHANISMS FOR THE EFFECTUATION OF THE URGENT PROTECTIVE MEASURES

ABSTRACT

This article aims to propose analysis more focused on women's protection tools and the flaws that these mechanisms have in the national and regional context, specifically, in Rio Grande do Norte. In this way, it Will demonstrate what means exist in the RN to implement the urgent protective measures contained in law 11.340/2006, and how they Will be applied. Further more, it willd is cuss the flaws in the means of inspection that are used, and the solutions to guarantee the effective ness of urgent protective measures. It is intended through this rese arch to verify possible solutions so that these measures are carried out effectively, see king solutions that can preserve the peace and emotional balance of victims who are experiencing or have already experienced life danger in their home and family environment. In the development of the study, it Will be understood where these measures are in Law 11.340/06, which measures are used and the existing mechanisms to enforce them, so that we can analyze where the failures in these mechanisms occur. For that, the deductive me thod will be used, based on the study off act sand laws, starting from assumptions of cases and events to the reality they reveal, where wesee the inefficiency of urgent protective measures under the prism of the current inspection.

Keywords: Maria da Penha Law. Emergency protective measures. Oversight.

1 INTRODUÇÃO

Alei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, objeto de estudo do presente artigo, vem tomando grande destaque na sociedade nesses últimos dias em razão dos inúmeros casos de violência contra as mulheres dentro do ambiente doméstico. Nos noticiários o que mais é visto são crimes cruéis contra o gênero feminino, e isso tem se tornado algo corriqueiro na vida das pessoas, deixando de ser algo raro para se tornar um assunto “comum” na sociedade.

Desta forma, fez-se necessário a criação de uma proteção legal contendo medidas protetivas de urgência que buscassem resguardar seu cumprimento, sendo determinadas por um juiz (a) para proteger mulheres em situação de violência doméstica, familiar ou na relação de afeto, de acordo com a necessidade de cada vítima.

Entretanto, não basta somente que exista uma lei que trate de medidas protetivas de urgência para que as mulheres se sintam de fato protegidas de seus agressores, pois, mesmo com sanções devidamente impostas por juízes, o agressor acaba praticando novamente o ato ilícito por não receber as punições devidas quando as descumpre, fazendo com que as vítimas, mesmo possuindo essa "proteção" do Estado, não se sintam acobertadas por essa garantia, pelo contrário, voltam a ser amedrontadas e apavoradas por seus ex-companheiros chegando até à morte.

Sobre a aplicação desses mecanismos, importante ressaltar que as medidas protetivas de urgência podem ser demandadas no atendimento policial, na delegacia de polícia, e deferidas pelo juiz (a) em até 48 horas, devendo ser emitidas com urgência em casos em que a mulher se encontre em risco de morte.

A importância do tema proposto revela de modo objetivo a justificativa para escolha do tema, pois é evidente que essas medidas protetivas de urgência representam um grande avanço na tentativa de proteger as mulheres de seus agressores, que muitas vezes estão dentro de casa. Entretanto, além da previsão legal dessas medidas protetivas, é imprescindível que haja sua efetiva implementação e fiscalização, assim como, toda uma capacitação de todos os profissionais que são designados para trabalhar nesse contexto.

O descumprimento dessas sanções em desfavor do agressor se tornou tão rotineiro que, no ano de 2018, foi introduzido o art. 24-A da lei 11.340/06, tornando crime qualquer ato de não cumprimento dessas medidas impostas solicitadas pela vítima, levando a ser penalizado com detenção de 3 (três) meses até 2 (dois) anos.

No estado Rio Grande do Norte existem poucos meios de fiscalização dessas medidas protetivas de urgência, ficando na maioria dos casos sob a responsabilidade da vítima em ir até uma Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM) e comunicar que tal fato está ocorrendo, realizando um novo boletim de ocorrência, constatando o descumprimento de Medida Protetiva de Urgência.

Ressalte-se que o presente estudo será desenvolvido através do método dedutivo, tendo em vista que seja a realização do estudo dos fatos em referência às leis,

partindo das premissas de casos e acontecimentos da realidade, em que vemos a ineficiência das medidas protetivas devido à atual fiscalização. No trabalho será feito uso de fontes bibliográficas (livros e artigos), documentais (leis e jurisprudência), sítios da internet, entre outros, para a formulação da argumentação.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo tratar as especificidades da lei Maria da Penha, seu contexto histórico e social, bem como sua aplicação nos casos de violência doméstica. Isto posto, o estudo ora desenvolvido, tem por finalidade compreender a eficácia da lei Maria da Penha e seus reflexos na vida das mulheres fragilizadas.

Logo, a análise abordará os tipos de violência doméstica, as medidas protetivas de combate a tais atos, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III. da Constituição Federal, sendo tratada de modo preponderante a (in) eficácia da lei Maria da Pena e a fiscalização de seu cumprimento em termos práticos.

2 A LEI MARIA DA PENHA

Considerada uma das três leis mais avançadas do mundo, no que diz respeito ao combate e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher pela ONU, a Lei Maria da Penha surge em agosto de 2006, após um contexto de bastante luta de uma senhora chamada Maria da Penha Maia Fernandes, contra seu companheiro na época, chamado Marco Antonio Heredia Viveros. Em decorrência desse caso, o Estado brasileiro foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

Ocorre que em 2001, por consequência de uma lide judicial, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente pela forma negligente com que tratava os casos de violência doméstica, foi "obrigado" a mudar as leis do País, mostrando de forma clara que a legislação não protegia a mulher, nem muito menos era boa para a mulher. Por conta disso, o Brasil teve que produzir uma norma que pudesse proteger as mulheres, nascendo então a Lei Maria da Penha. No relatório N° 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi descrito que: "a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a

violência doméstica".

Sobre essa questão, a Carta Magna de 1988 em seu Art. 226, §8 cuidou em estabelecer que é prioridade do Estado assegurar a assistência à família, e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, vejamos:

> **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> **§ 8º** O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A lei n° 11.340/06, mais conhecida como lei Maria da Penha, tem essa nomenclatura devido a uma vítima de violência doméstica que lutou bravamente por 19 anos e seis meses para que seu agressor fosse punido, e isso só ocorreu em virtude de diversas pressões internacionais.

A Maria da Penha sofreu uma dupla tentativa de homicídio por parte de Marco Antonio Heredia Viveros, no ano de 1983. Primeiro ele desferiu um tiro nas suas costas enquanto ela dormia, resultando em lesões irreversíveis nas terceira e quarta vértebras torácicas, além de lacerações na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda, deixando-a paraplégica.

Após quatro meses do atentado contra sua vida, Maria da Penha retornou para sua casa, tendo sido submetida a duas cirurgias, internações e passado por diversas sessões de fisioterapias. O agressor, Marco Antonio, manteve Maria da Penha em cárcere privado por 15 dias, não estando satisfeito, tentou mais uma vez executar seus planos de matar Maria da Penha, aproveitando o momento em que ela estava na banheira tomando banho, tentou eletrocutá-la, mas por sorte ela conseguiu sobreviver.

Sentindo-se “órfã do Estado”, por não receber a devida proteção necessária contra seu agressor, a Maria da Penha publicou um livro no ano de 1994 chamado de “Sobrevivi... posso contar”, relatando sua história e os andamentos do processo em face de Marco Antonio.

No ano de 1998, Maria da Penha, junto com o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Em 2001, após quatro ofícios da CIDH/OEA (1998 e 2001), o Brasil foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

A partir desse momento é que foi sancionada a lei Maria da Penha, fruto de muitas batalhas, e que tem o intuito de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra o gênero feminino, além de prestar assistência a mulher vítima de violência doméstica e familiar, protegendo a vítima de agressões. Também houve a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher para melhor resolução dos casos.

O único crime transcrito na lei n° 11.340/06 é o descumprimento de medidas protetivas de urgência, sendo proibido ao delegado arbitrar fiança, ficando somente a cargo do magistrado essa prerrogativa.

Sobre essa questão, houve uma reação rigorosa no legislativo ao estabelecerem o art. 24-A da lei n° 11.340/06, quando houver descumprimento de uma decisão judicial, poderá gerar prisão preventiva, prisão em flagrante e se for o caso, ainda poderá responder por outro crime.

Essas medidas protetivas contidas na lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha),podem proibir ou restringir o uso de arma por parte do agressor, afastar o agressor da residência, proibir que o agressor se aproxime da vítima, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor, proibição e venda ou aluguel de imóvel da família sem autorização judicial e o deposito de valores correspondentes aos danos causados pelo agressor.

Todas essas medidas têm o intuito de proteger a mulher de todas as formas e em todos os aspectos, além dos mecanismos existentes que são utilizados para a

melhor efetivação e cumprimento dessas medidas.

Embora o texto da lei seja cuidadoso e preciso, no cenário atual do Brasil, observando casos práticos, podemos observar que falta capacitação de todos os profissionais que atuam na rede de atendimento à mulher, além da ausência correta de implementação dos equipamentos previstos na lei, agilidade do judiciário e atuação dos profissionais atuantes na causa.

Logo, podemos concluir que é uma excelente lei, incrível de várias formas e bastante pensada, criada após várias audiências públicas por todo o Brasil, discutidas as situações das mulheres de diferentes territórios e culturas, envolvendo o Executivo, Legislativo e a sociedade civil, no entanto o cenário prático necessita de intervenções e modificações para que se possa alcançar, de fato, o que a lei prevê.

3 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A lei Maria da Penha foi sancionada em 07 de agosto de 2006, com 46 artigos distribuídos em sete títulos. O primeiro título é dividido em quatro artigos, descrevendo para quem a lei é direcionada. Já o segundo título, vem dividido em dois capítulos e três artigos, e os demais artigos determinam os espaços em que as agressões são qualificadas, como por exemplo, a violência doméstica.

São várias as formas de violência que existem, ainda mais quando estamos diante de uma situação de convivência constante dentro de uma residência, tratando-se de relações intimas com alguém da família ou um companheiro (a). A violência contra a mulher no contexto doméstico vai além da violência física, em razão de se caracterizar também por violência psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A palavra violência vem do termo latino *vis*, que significa força. Portanto, a violência é o abuso da força, usar a violência contra alguém ou fazê-lo agir contra sua vontade (VERONESE; COSTA, 2006).

Percebe-se ao analisar casos concretos, na maioria das vezes, a violência doméstica vai se transformando em um ciclo, onde o agressor apresenta características agressivas durante uma pequena e simples discussão, chegando ao ponto de explodir e acarretar consequências piores nas demais situações que vão ocorrendo.

3.1 A VIOLÊNCIA FÍSICA

A primeira forma de violência abarcada na lei e de maior conhecimento do público, é a violência física, compreendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal. Integridade esta que é entendida como o estado íntegro, completo da pessoa.

3.2 A VIOLÊNCIA PSICOLOGICA

A segunda forma de violência constante na lei 11.340/06, é a violência psicológica, entretanto, ainda é considerada mais difícil das pessoas entenderem como funciona e de forma podem provar que ela ocorre, vejamos o que diz o texto legal:

> **II - a violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Observar-se que a violência psicológica pode ser caracterizada por várias ações juntas ou até mesmo separadas. Muitas vezes, estas ações são praticadas com o passar dos dias, semanas, meses, até mesmo anos, de forma muitas vezes sutil, ou ações julgadas como "normais", a mulher vítima acaba entrando em um ciclo bastante longo de violência, muitas vezes sem nem perceber.

Na maioria dos casos, o agressor acaba praticando esse tipo de violência de forma contínua, rotineira e sem "deixar marcas" aparentes, pois as marcas e sofrimento que a vítima vai sentir nesse tipo de violência, apenas a própria vítima sente e enxerga, por ser algo que vai acarretar danos psicológicos a vítima e não físicos.

Em razão dos diversos clamores a favor da criminalização da violência psicológica, o legislador inovou ao tipificar essa conduta como crime, conforme estabelece o art.147-B do Código Penal, vejamos:

> Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

A tipificação da violência psicológica no CP é considerada uma grande conquista para todas as mulheres que passam e passaram por situações de humilhação e dano emocional, trazendo maior segurança e respaldo para as vítimas desse tipo de abuso.

3.3 VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual no contexto da violência doméstica acaba muitas vezes passando despercebida pelo olhar da vítima, tendo em vista que, ela já possui em muitos casos, uma relação amorosa com o agressor, na qual ela mantem relações sexuais, porém, essa violência consiste na ameaça, coação ou uso de força que este faz com a vítima para que ela mantenha relações sexuais com ele, mesmo contra a vontade da vítima. Nesses casos, o agressor pode chegar a ser indiciado pelo crime de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal.

Entretanto, importante salientar que a violência sexual também pode ser caracterizada por outras atitudes e ações que muitas vezes as pessoas não percebem de imediato que está diante de uma violência sexual. Portanto, é imprescindível ler na integra o inciso que trata sobre a violência sexual e todas as suas formas de caracterização.

> **III - a violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

3.4 A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

A violência patrimonial consiste em qualquer conduta que configure retenção, subtração ou destruição de objetos ou documentos pessoais, bem como recursos econômicos incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Nesta

oportunidade, ressalta-se que o artigo 24, I, da Lei 11.340/06, expõe que o agressor tem a necessidade de restituir os bens da vítima que foram por ele danificados, extraviados ou subtraídos.

3.5 A VIOLÊNCIA MORAL

A violência moral é qualquer ato que configure calúnia, difamação ou injúria. Esta é uma das mais praticadas diante o fato de que muitas vezes o agressor começa a se usar as palavras como forma de diminuir a vítima, criticar, ofender, com palavras, para depois começar a praticar as agressões de forma física.

4 TIPOS DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

É necessário, antes de qualquer análise aos meios de fiscalização, o conhecimento sobre as possibilidades que a Lei n° 11.340/2006, traz nos seus artigos 22, 23 e 24, que presta assistência a vítima e impõe sanções ao agressor.

No artigo 22 da citada Lei estão dispostos os meios que obrigam o agressor a determinadas condutas, como por exemplo, a possível suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com a comunicação ao órgão competente, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, a proibição de determinadas condutas, entre as quais seriam de não se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, não ter nenhum tipo de contato com a vítima, nem com seus familiares ou testemunhas.

Há ainda a proibição de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, bem como a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

De acordo com o NUCCI (2006, p. 1181):

> Quando “as medidas de urgência previstas na lei não forem cumpridas pelo agressor, o juiz ao tomar conhecimento deve requisitar a força policial, com a finalidade de impor sanções a esse descumprimento”.

No artigo 23 desta lei, estão dispostos os meios para a proteção da vítima, como

o encaminhamento da ofendida e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, determinando a recondução dela e seus dependentes ao respectivo domicílio, após o agressor ser afastado, bem como impor a separação de corpos e requerer a matrícula dos seus dependentes em instituições de educação básica mais próxima do seu domicílio ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. Este último benefício de matrículas dos dependentes da vítima foi concedido no ano de 2019.

Essas medidas podem advir de determinação judicial ou pela autoridade policial, ressaltando que o Ministério Público também tem esse dever, por se tratar de um serviço público de segurança, mesmo que administrativamente (DIAS, 2007 p. 83).

Os programas de acolhimento a vítima são as casas-abrigo, direcionado a casos em que a vítima esteja correndo risco de morte em razão da violência doméstica, nesse local, a vítima fica incomunicável e é de extremo sigilo a sua localização, porém, é temporário, até que esta não corra mais perigo.

No artigo 24 da lei mencionada, estão os meios para proteger o patrimônio que a vítima constituiu durante a sociedade conjugal, bem como os de sua propriedade, podendo o juiz determinar a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à vítima, proibir temporariamente que seja celebrado atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial, a suspensão das procurações conferidas pela vítima ao agressor e prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

No dia 20 de agosto 2019, foi aprovado um projeto de Lei n° 2438/2019, o qual acrescenta no artigo 9°, os parágrafos 4° e 5°, que visa obrigar os agressores a

ressarcir o sistema único de saúde (SUS) em caso de violência doméstica. Com isso o agressor também terá que arcar com os dispositivos (tornozeleiras eletrônicas) usados no monitoramento das vítimas que possuem a medida protetiva. No dia 17 de setembro 2019, foi sancionado esse projeto de lei, que começou a vigorar 45 (quarenta e cinco) dias após essa publicação.

Outra inovação é que em 2018 o art. 24-A da Lei nº 11.340/2006, foi incluído pela Lei n° 13.641/18 tornando crime o descumprimento das medidas protetivas, e, tendo como pena, a detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, caso o agressor não obedeça a essa ordem judicial.

5. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na cidade de Belém do Pará foi promulgada através do Decreto nº 1.973/96, no ano de 1994, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra à mulher, reconhecendo como uma violação aos direitos humanos.

Esta convenção dispõe que os estados se comprometam e que tomem providências para erradicar a violência de gênero, criando leis para proteger o direito das mulheres e serviços para que essas vítimas que tiveram seus direitos violados, tenham um atendimento específico e humanizado.

No decreto estão consolidados 02 (dois) tipos de mecanismos, o primeiro é de acompanhamento da implementação da convenção (MESECVI), que consiste em um sistema independente, baseado em consenso, para obter informações sobre os progressos da convenção, o segundo é de proteção, tendo como objetivo, a apresentação de petições individuais ou coletivas referentes a violações do artigo 7º da Convenção para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e, em um outro momento, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Claramente, percebe-se que essa violência constante contra a mulher acaba ferindo gravemente esse princípio que norteia a todos, da dignidade da pessoa humana. No artigo 3º, III, da Constituição Federal, expõem que é objetivo da República federativa do Brasil, reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De acordo com NUNES (2002, p. 45), compartilha do pensamento de que a dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental. Sendo assim, o indivíduo, só pelo fato de ser humano já deve ter esse direito respeitado e não sofrer

nenhum tipo de descriminação.

Nas palavras de SARLET (2010, p. 164):

> "...é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade."

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana necessita ser aplicado e ter eficácia, para que as medidas protetivas impostas não tenham apenas o caráter punitivo, bem como também o coercitivo, para garantir uma vida digna às vítimas.

6. DA (IN) EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA E AS FALHAS NA SUA APLICABILIDADE

A lei Maria da Penha, como exposto acima, é uma lei bastante completa, entretanto, para se concretizar uma lei e conseguir a sua aplicabilidade nos casos reais do dia-a-dia é mais difícil. A correta inserção da Lei Maria da Penha só poderá ocorrer diante de recursos estatais voltados para esses casos, especificamente, o compromisso do gestor público em conseguir colocar em prática todos os mecanismos e meios de fiscalização disponíveis e adequados.

Dessa forma, além da falta de investimento para ocorrer o uso correto de todos os meios de fiscalização e mecanismos disponíveis para amparar a mulher em situação de violência, há uma grande falta de capacitação dos profissionais que fazem parte da equipe que presta assistência para as vítimas, ou seja, além de agredidas por seus companheiros, dentro de sua própria casa, ao procurar ajuda e amparo ao Estado, acaba sendo "agredida" nos órgãos do poder público, que deveriam fornecer todo suporte para ela receber a reparação e proteção devida.

De acordo com os dados disponibilizados pelo site Agência Brasil, o número de casos envolvendo violência doméstica contra a mulher durante a pandemia aumentou em torno de 22% em 12 estados. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) relata que o índice de feminicídio cresceu 22,2%, entre março e abril do ano de 2020, em 12 Estados do país, comparado ao ano de 2019.

Esses dados se mostram preocupantes e assustadores, pois a cada dia mulheres morrem em decorrência de abusos dentro do ambiente doméstico, e mesmo com as medidas de proteção, os índices de homicídios continuam em alta.

Essa mesma pesquisa feita pelo FBSP, revelou que houve um aumento alarmante do número de homicídios contra as mulheres no Brasil, mesmo tendo sido concedido as medidas acautelatórias para se resguardarem dos seus agressores.

No estado do Acre, os números subiram para 33%, já no Mato Grosso o índice dobrou se comparado ao ano de 2019. No Pará os homicídios de mulheres cresceram 11,8% e os feminicídios 187,5%.

No Rio Grande do Sul houve um aumento significativo em relação ao ano anterior de 2019, tendo um crescimento de 73%, saltando de 15 casos no 1º tri de 2019 para 26 no 1º tri de 2020. Em São Paulo o crescimento também é considerado preocupante tendo seu número crescido para 25%.

No Rio Grande do Norte o índice de homicídios contra mulheres não é tão diferente dos demais estados. Somente no ano de 2020, conforme dados coletados do Jornal Tribuna do Norte[3], os crimes envolvendo o sexo feminino cresceram em torno de 258,7%. Os especialistas alegam que o aumento se deu em razão do confinamento da pandemia da COVID-19, assim, as mulheres ficaram mais suscetíveis aos abusos e crimes contra a vida.

Sendo assim, não adianta de nada uma equipe especializada no atendimento dessas mulheres vítimas de agressões, delegacias especializadas, se não há uma preparação previa, para capacitar todos os membros dessa equipe e dessas delegacias, para acolher de forma adequada, atenciosa, sutil e deixar a vítima mais segura e confortável possível.

Entretanto, o que ocorre muitas vezes é a falta de sensibilidade e de cuidado com o tratamento dessas mulheres, acarretando uma falta de esperança, gerando na vítima uma necessidade de se retrair, pois não quer ser injustiçada diante do poder público logo após diversas agressões de seu companheiro.

7. MECANISMOS DISPONIVEIS PARA A EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO

Além das medidas protetivas de urgência constantes na Lei 11.340/2006, há mecanismos que também foram criados ou podem ser usados nos casos específicos de violência doméstica.

Importante mencionar que, na fiscalização das medidas protetivas de urgência, não há apenas 01 (um) órgão competente para a fiscalização desses meios de coibição da violência doméstica e familiar, mas é composto por um conjunto de órgãos que podem auxiliar a vítima caso o descumprimento dessas medidas ocorra.

Assim, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, as delegacias especializadas no atendimento às mulheres (DEAM) e o Ministério Público, são órgãos responsáveis por essa fiscalização e amparo. Entretanto, pode-se perceber certa negligência por parte do Estado, pois, existe um déficit entre esses meios de fiscalização, pois não são tomadas providencias realmente eficazes para coibir os constantes descumprimentos dessas medidas protetivas.

Em entrevista para o jornal (O Povo), no dia 31 de janeiro de 2010, a própria Maria da Penha verbalizou que "deveria ter uma lei para prender homens imediatamente em virtude de ameaça. Só assim diminuiriam os ataques contra as mulheres".

A fiscalização dos descumprimentos funciona da seguinte forma: a vítima já em posse das medidas protetivas e as tendo descumpridas pelo agressor, precisa se dirigir até a delegacia Especializada onde já estará o seu procedimento policial relacionado ao pedido da medida, e irá confeccionar um novo boletim de ocorrência relacionado a esse fato. Dessa forma, um novo procedimento será instaurado, e o juizado competente é comunicado detendo o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para comunicar a sua decisão, podendo variar de acordo com a periculosidade do descumprimento, entre uma advertência ou até mesmo ter a sua prisão preventiva decretada.

De acordo com o site do Senado Federal, em 2018, foi promulgada no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Estadual n° 10.331/2018, onde dispõe sobre o uso de tornozeleira eletrônica para agressores. Ademais, o projeto de Lei 4961/20, proposto pelo deputado Geninho Zuliani, prevê a possibilidade de monitoração eletrônica do agressor, por meio de tornozeleira eletrônica e de disponibilidade para as vítimas de violência doméstica de dispositivo portátil de rastreamento do agressor, o chamado "botão do pânico".

Esse projeto altera a Lei Maria da Penha para ocorrer a inserção do monitoramento eletrônico e o uso do botão de pânico entre as medidas protetivas de urgência quer podem ser decretadas pelo juiz, de imediato, nos casos de violência doméstica e familiar.

Entretanto, a Lei Maria da Penha infelizmente ainda não possui essa previsão legal, porém, afirma o parlamentar que a medida já vem sendo aplicada em algumas cidades e estados brasileiros, dando mais efetividade ao cumprimento de outras medidas protetivas, como o afastamento do lar e a proibição de aproximação da vítima, esse "botão do pânico" se trata de um dispositivo móvel de segurança que enviará alerta imediato para a polícia em caso de ameaça ou agressão para as mulheres vítimas de violência doméstica.

Também tem o disque 190 que é um canal onde se tem uma comunicação direta com a Polícia Militar, abrangendo denúncias de crimes em geral, visando maior celeridade no atendimento de ocorrências de violação aos direitos humanos.

A criação do disque 100, que é um canal que funciona 24 (vinte e quatro) horas por dia, disponibilizado de forma gratuita pode ser utilizado por qualquer pessoa, onde será feito o registro da denúncia e em seguida, está será encaminhada ao órgão competente.

Este serviço funciona da seguinte forma: a denúncia é ouvida e registrada, em seguida, é encaminhada para a rede de proteção e é monitorado as providencias que irão ser adotadas, no caso de violência doméstica e familiar, as denúncias são encaminhadas para as delegacias especializadas no atendimento à mulher e esses órgãos possuem o prazo de 20 (vinte dias) para fazer a averiguação.

No dia 08 de março de 2019, Dia Internacional da Mulher, foi lançado o aplicativo "PenhaS", que vinha sendo desenvolvido há anos. Esse aplicativo é subdividido em 02 (duas) áreas: a primeira é a "DefendePenha", que consiste em um site secreto, onde as mulheres que sofrem de violência doméstica relatam sua história e recebem conselhos ou até mesmo relatos de outras mulheres que já passaram por essa situação, para que lhe ajudem a sair desse ciclo da melhor forma possível. Já a segunda área é o "GritaPenha", nesse ambiente, as vítimas conseguem pedir socorro, ou seja, a vítima cadastra o número de até 05 (cinco) pessoas de confiança, que em caso de urgência, serão acionadas.

Também nessa área, é possível a gravação de áudios no momento da violência,

facilitando para a vítima, o meio de produzir provas. Além desses mecanismos apresentados acima, há também a Patrulha Maria da Penha, um programa de proteção à mulher vítima de violência que foi lançado pelo prefeito Álvaro Dias e pela secretária da Semdes, Sheila Freitas, em janeiro de 2020.

A partir dessa data, foi iniciada a sequência de formação dos guardas municipais para atuar na proteção às mulheres, implantados os investimentos em viatura e material de serviço, até chegar à operação propriamente dita.

A Patrulha Maria da penha funcionada da seguinte maneira: é marcada um primeiro encontro com a vítima, no local de sua preferência, logo depois, durante o encontro, a vítima assina uma ficha de adesão à Patrulha e recebe informações sobre o serviço de assistência psicológica, social e jurídica oferecidos, bem como, a comunicação da Patrulha com ela e dela com a Patrulha, devendo a vítima em caso de iminente perigo, ligar para o número da Patrulha, que vai agir na sua proteção.

7. CONCLUSÃO

Com base nos dados avaliados no atual estudo, pode-se concluir que os meios adotados para combater os altos índices de violência doméstica no Brasil não produzem seus efeitos de maneira satisfatória, fazendo com que as ferramentas de fiscalização e as medidas cautelares de urgência se tornem ineficazes.

Diferente do Brasil, alguns países tomaram iniciativas mais eficazes para barrar os altos índices de homicídios e violência contra mulheres na pandemia, como foi o caso da Itália, Espanha e França onde os governos anunciaram a requisição de quartos de hotéis para servirem de abrigos às vítimas de maus tratos, para que elas pudessem passar a quarentena longe dos seus agressores.

Essas medidas de prevenção de homicídios contra mulheres também são observadas na África do Sul, onde o governo proibiu a venda de bebidas alcoólicas durante a quarentena. Essa iniciativa fez com que os números de violência doméstica caíssem, além de diminuir outros crimes, como por exemplo, o estupro, assassinatos e roubos.

A grande problemática no Brasil reside no fato de que os mecanismos de proteção nunca se mostram satisfatórios e eficazes, abrindo brechas para que a vítima fique sempre em situação de vulnerabilidade e sem o devido acompanhamento e proteção

dos órgãos responsáveis, mesmo elas estando acobertadas por medidas protetivas de urgência.

Do mesmo modo, observa-se que o Rio Grande do Norte necessita de um olhar mais rígido por parte dos responsáveis no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica, quando houver casos de descumprimento das medidas protetivas de urgência, pois, aplicar apenas uma advertência, em muitos casos, acaba não tendo qualquer eficiência, e na pior das hipóteses, acaba deixando o agressor ainda mais enfurecido, acarretando uma consequência muitas vezes ainda pior para a vítima.

É de fácil percepção também que a falta de verbas estatais acaba sendo um fator que prejudica os meios de fiscalização das medidas protetivas, entretanto, o Governo do Estado do Rio Grande do Norte precisa realizar investimentos nos meios de fiscalização das medidas protetivas, visto que se trata de algo que está corriqueiramente ocorrendo e ainda está sendo levado pelos responsáveis como um assunto que na prática muitas vezes é relativizado, flexibilizado. Os investimentos básicos deixam de ser feitos, pois, sempre existe algo "mais grave" para que seja sanado.

A priori, pequenas iniciativas por parte do Governo responsável já seria um grande avanço, como por exemplo, a implementação com eficiência de todos os mecanismos disponíveis e viáveis para a efetivação das medidas protetivas de urgência e capacitação de todos os profissionais que participam da equipe especializada no atendimento à mulher, assim como também conscientizar as vítimas, que muitas vezes não tem tanto acesso a informações e por isso se encontram nessas situações, sobre a importância de não permitir que o investigado infrinja essas medidas protetivas e nos casos em que ocorra, que saibam da necessidade imediata de comunicar o fato a delegacia especializada ou o juizado responsável, para que assim sejam tomadas as devidas providencias.

Portanto, é importante atentar-se ao fato de que informações e também apoio, principalmente psicológico, é fundamental para todas as mulheres vítimas, com a designação de equipes multidisciplinares para cada grupo de vítimas de violência doméstica, justamente para que elas entendam e assimilem que não precisam e nem devem aceitar passar novamente por esses acontecimentos, tendo em vista que, na realidade atual, muitas mulheres acabam revogando ou pedindo a retratação de seu procedimento, por falta de um amparo necessário, por achar que dependem do

investigado financeiramente, pressão negativa advinda da família, entre outras milhares de razões que são apresentadas para justificar a aceitação e submissão a essas situações de agressão.

Núcleos de encaminhamento a vítima para apoio psicologia, para médicos e até a sua inserção no mercado de trabalho já estão ativos, e no Estado do Rio Grande do Norte, podemos citar o núcleo especializado na defesa da mulher vítima de violência doméstica e familiar (NUDEM), núcleo de atenção a mulher da UNP (NAM), o centro especializado em assistência social (CRAS), entre outros. Destacando-se através de todos esses mecanismos de amparo que a vítima merece todo apoio possível para que por iniciativa dela, ela não se sujeite a mais episódios em relação a esse ciclo de violência.

Assim sendo, diante do todo o exposto, fica evidente a necessidade de um esforço estatal para fazerem-se eficazes todos os meios de proteção a vítima de violência doméstica, sendo imprescindível uma reestruturação nos órgãos responsáveis pela prevenção dos descumprimentos das medidas protetivas de urgência, assim como, se fazer competente todos os canais de atendimento, proporcionando uma maior agilidade e cuidado com cada caso e vítima.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia**. São Paulo, 01 de junho de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 07nov.2021.

APLICATIVO Penha S. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvão.org.br/vilencia/aplicativo-penhas-e-a-nova-plataforma-de-dialogo-informacao-e-denuncia-no-enfrentamento-da-violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 ou. 2021.

BRASIL. **Código Penal de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Lei n° 11.340** de 07 de agosto de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.Acesso em: 01 nov. 20201.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher** : um olhar do Ministério Público brasileiro / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei n° 2438/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2168756>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Apensado a PL 5254/2019**. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264488>. Acesso em 14 de outubro de 2021.

CENTRAL de atendimento à mulher. **DISQUE 180**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/ligue-180>. Acesso em: 03 jul. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório anual 2000 n° 54/01, 4 de abril de 2001**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf> Acesso em: 25 out. 2021.

CONVENÇÃO de Belém do Pará. **Decreto n° 1.973/06**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso 06 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FÓRUM brasileiro de segurança pùblica.violência doméstica durante a pandemia de covid-19. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica- covid-19-v3.pdf>. Acesso em 07 de novembro de 2021.

G1/RN. **Autor de violência contra a mulher poderá usar tornozeleira eletrônica**. Disponível em: < https://g1.globo.com/rn/rio- grande-do-norte/noticia/autor-de-violencia-contra-a-mulher-podera-usar-tornozeleira- eletronica-no-rn.ghtml>. Acesso 22 de outubro de 2021.

INSTITUTO Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: < https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 03 de novembro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 5.ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O POVO ONLINE. **Entrevista com Maria da Penha**. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/acervo/entrevistas/2017/08/10/noticiasentrevistas, 3680835/entrevista-com-maria-da-penha.shtml>. Acesso em 12 out. 2021.

PATRICIA, Iana. O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade da Lei Maria da Penha. **Conteúdo Jurídico**, S.l, 08 jun. 2018. Disponível em:<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51849/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-efetividade-da-lei-maria-penha>. Acesso em: 07 jul. 2021.

CRISTOFERI, Claudia; FONTE, Giuseppe. In Italy, support groups fear lockdown is silencing domestic abuse victims. **Reuters,** April 4, 2020.

TAUB, Amanda. A new covid-19 crisis: domestic abuse risesworldwise. The New York Times, NY, April 6, 2020.

MAZZETTI, Sarah. In quarantinewithanabuser: surge in domestic violence reports linked to cornavirus. **The Guardian**. april 3, 2020. Disponível em: https://www.theguardian.com/us-news/2020/apr/03/coronavirus-quarantine-abuse-domestic-violence. Acesso em: 06 nov. 2021.

TRIBUNA DO NORTE. No RN violência contra doméstica cresce 260% durante período de isolamento. 23 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/no-rn-viola-ncia-doma-stica-cresce-260-durante-pera-odo-de-isolamento/480596>. Acesso em 06 de novembro de 2021.

TRIBUNA DO NORTE . Patrulha Maria da Penha. Disponível em: <https://www.tribunadonorte.com.br/noticia/patrulha-maria-da-penha-vai-ser-implantada-no-rio-grande-do-norte/380297>. Acesso em: 02 ago. 2021.

UOL. Como os países estão combatendo a violência contra a mulher na pandemia. **UNIVERSA**. 28 de abril de 2020. Disponível em.<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/28/como-os-paises-estao-combatendo-a-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2021.

VERONESE, J.R.P.; MORAES DA COSTA, M.M. **Violência Doméstica**: Quando a vítima é criança ou adolescente. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NA PANDEMIA: ANÁLISE ACERCA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Maria Tereza Pinheiro de Sena[1]
Ana Mônica Medeiros Ferreira[2]

RESUMO

O artigo discute as Medidas Protetivas de Urgência destinadas às mulheres nos termos do artigo 23 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11/340/2006) e a aplicação destas no contexto de pandemia do coronavírus (SARS-COV-2) com base no princípio constitucional da proteção. Temos que o assolamento da crise pandêmica gerou uma convivência forçada da mulher em situação de violência doméstica e familiar com o seu agressor, visto que, houve a implementação de medidas de distanciamento social e quarentena, que deram margem ao aumento de casos de violência em todo país. Por isso, foi preciso que o Poder Público e as associações de apoio às mulheres se adaptassem à nova realidade, levando segurança à mulher inserida nesse contexto de violência bem como, um novo aspecto de implementação de medidas protetivas de urgência. Por isso, o artigo objetiva abordar se o Estado cumpre com o dever constitucional de proteção para com a mulher vulnerável no contexto de violência doméstica e familiar, através de análise da Lei 11.340/2006 e posteriormente, de leis que abarcam instrumentos de proteção à mulher. A abordagem utilizada é dialética e qualitativa, embasada em bibliografias sobre a violência doméstica, princípio da dignidade da pessoa humana, bem como análise jurisprudencial. Portanto, observa- se que medidas e instrumentos devem ser adaptados ao cenário de pandemia no que se refere à proteção da mulher vulnerável.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: terezapinheiro2@hotmail.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: anamonicamf@gmail.com

Palavras-chaves: Violência doméstica e familiar. Pandemia. Medida protetiva de urgência. Princípio da proteção. Dignidade da pessoa humana.

WOMEN IN SITUATION OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE IN THE PANDEMIC: ANALYSIS OF URGENT PROTECTION MEASURES IN LIGHT OF THE PROTECTION PRINCIPLE

ABSTRACT

The article discusses the Emergency Protective Measures aimed at women pursuant to article 23 of the Maria da Penha Law (Law 11/340/2006) and their application in the context of the coronavirus pandemic (SARS-COV-2) based on the constitutional principle of protection. We have that the devastation of the pandemic crisis generated a forced coexistence of women in situations of domestic and family violence with their aggressor, since social distancing and quarantine measures were implemented, which gave rise to an increase in cases of violence and complaints across the country. Therefore, it was necessary that the Public Power and the women's support associations adapt to the new reality, bringing security to the woman inserted in this context of violence, as well as a new aspect of implementing urgent protective measures. Therefore, the article aims to address whether the State fulfills its constitutional duty to protect vulnerable women in the context of domestic and family violence, through an analysis of Law 11.340/2006 and later, of laws that include instruments for the protection of women. The approach used is dialectical and qualitative, based on bibliographies on domestic violence, the principle of human dignity, as well as jurisprudential analysis. Therefore, it is observed that measures and instruments must be adapted to the pandemic scenario about the protection of vulnerable women.

Keywords: Domestic and family violence. Pandemic. Emergency protective Measure. principle of protection. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia do Coronavírus que assolou o mundo e foi declarada no dia 11 de março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS)[3], mostrou a eficácia e necessidade do isolamento social e medidas de distanciamento no combate à disseminação do novo vírus. Tais orientações de contenção à disseminação do novo vírus, atingiu diretamente diversas mulheres vulneráveis que passaram a ter uma convivência forçada com seu agressor em um contexto de violência doméstica e familiar.

É clarividente que esse contexto pandêmico desafiou a aplicação das medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Despertou a necessidade do Estado, grupos de apoio e outras associações de assistência às mulheres, para que criassem e adaptassem instrumentos efetivos de combate à violência doméstica observando as limitações advindas do cenário de pandemia[4].

A relevância do tema vem do fato de ser bastante incidente atualmente, é algo que está inserido em todos os contextos, todas as classes sociais e independe da cor da pele. E, pela necessidade urgente de acabar com o ciclo histórico e ondas de violência de gênero que as mulheres sofrem ao longo dos tempos. Por ser um tema delicado, urgente e necessário, estamos diante de diversas modificações legislativas que enfrentam de forma mais rigorosa a violência doméstica e familiar contra a mulher no estado pandêmico em que vivemos.

Por isso, o presente artigo tem o objetivo geral de analisar a mulher inserida no contexto de violência doméstica e familiar na pandemia do COVID-19 à luz do princípio da proteção do Estado. Além disso, enquanto objetivos específicos tem-se a análise de aplicação das medidas protetivas de urgência aplicadas à ofendida, a inserção de contextos de violência de gênero contidos na lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), discorrer sobre a criação políticas públicas e atuação legislativa

[3] Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo coronavírus. Ascom SE/UNA-SUS Disponível em: https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia- de-coronavirus. Acesso em 10 ago. 2021.

[4] Exemplo da Lei 14.022/2020 que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponívelem: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14022-7-julho-2020-790393-publicacaooriginal- 161013-pl.html/. Acesso em: 10 ago. 2021

para a facilitação do acesso aos canais de apoio e denúncias no panorama atípico da pandemia do COVID- 19 no Estado do Rio Grande do Norte com base na Lei Ordinária nº 10.726, de 08 de junho de 2020 e na Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020, e por fim, verificar a atuação do Estado na proteção de direitos humanos das mulheres.

Foi possível extrair dados importantíssimos acerca da violência doméstica na pandemia por órgãos de segurança pública, como, Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), fonte primária da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da penha), a Lei 14.022/2020 (Enfrentamento da violência doméstica e familiar diante da Pandemia) e a Lei Ordinária 10.726 de 08 de junho de 2020 (Delegacia Virtual).

No que tange a metodologia de pesquisa foi embasada em bibliografias, com estudos de artigos científicos, teses e dissertações que incidem o tema de violência doméstica, destacando-se as pesquisas de Bernardes (2020), Fernandes (2021), Bianchini; Bazzo; Chakian (2021), Mendes (2017),

Por fim, verifica-se que a Lei Maria da Penha (11.340/2006) ultrapassa a esfera penalista e insere seu conteúdo em direitos fundamentais da mulher, com dispositivos que visam a extinção, diminuição e prevenção de violência, incidindo procedimentos que visam amparar a vítima e resguardar seus direitos fundamentais inderrogáveis, fazendo jus ao comprometimento do papel de proteção à dignidade da pessoa humana, principalmente das mulheres.

2. BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Em meados do século XX, dentro do âmbito acadêmico, surgiu os Estudos de Gênero tendo por objeto a problematização de valores culturais associados e atribuídos às mulheres e aos homens, diferenciando os papeis dos gêneros e sua importância na sociedade (BIANCHINI, 2021, p.20). Nessa linha, esses estudos sobre gênero possibilitaram desenvolver um conceito mais amplo, abrangendo não somente mulheres, mas também crianças e adolescentes (ARAÚJO, 2008).

Com isso, é importante e necessário explanar o conceito de gênero, que, segundo BARREDA (2012, p. 101), esclarece o seguinte:

> [...] uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultura de diferenças entre

> homens e mulheres. [...] Implica o estabelecimento de relações, papeis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossa sociedade historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação. (BARREDA, 2012 p. 101 *apud* BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021, p. 19)

Sendo assim, para entender o fenômeno da violência de gênero, é preciso compreender o papel reservado à mulher definido historicamente na sociedade e atribuindo ao homem outro papel que condiciona a perpetuação do sistema patriarcal. Basicamente, é perpetuado às mulheres papeis pré-definidos para a sua atuação social, ou seja, códigos de condutas, regras e rituais que obrigam mulheres a não avançarem a linha invisível dessa contenção e se conterem com suas funções pré-definidas, não possibilitando o questionamento, bem como, o seu descumprimento, assim, explica brilhantemente BIANCHINI (2014, p. 33):

> Os papéis sociais atribuídos a homens e a mulheres são acompanhados de códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem, o qual as administra com a participação das mulheres, o que tem significado ditar-lhes rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade. Resta tão desproporcional o equilíbrio de poder entre os sexos, que sobra um a aparência de que não há interdependência, mas hierarquia autoritária. (BIANCHINI, 2014, p.33)

Pode-se tirar como base, portanto, que com o conceito de gênero é possível definir a violência de Gênero como sendo algo relacionado ao poder, e com base nisso Araújo (2008) explica que ‘’produz e reproduz nas relações de poder onde se entrelaçam as categorias de gênero, classe e raça/etnia’’. Ou seja, envolve determinação para o desenvolvimento de papéis sociais entre homens e mulheres, incidindo o controle e a dominação de um sobre o outro.

E é nesse contexto, de combate à violência de gênero, que surge as recomendações ao Estado brasileiro para erradicar qualquer tipo de discriminação às mulheres através da produção legislativa. Por isso, o surgimento da Lei Maria da Penha (11.340/2006) venho sendo o demonstrativo da luta pelo direito de vida digna dentro do espaço público, desse modo, cabendo destacar o pensamento de Basterd (2011):

> No processo de luta por direitos, as organizações e os movimentos de mulheres constituíram um campo de poder que tem sido decisivo para a

> manutenção dos direitos conquistados e para a possibilidade de conquista de novos direitos. Esse processo de luta por direitos, voltado para a eliminação de todas as formas de discriminação, incluindo a dominação masculina, apresenta, ao longo das últimas três décadas, um conjunto de importantes avanços legislativos e de políticas públicas que não pode ser subestimado. (BASTERD, 2011, p. 14-15).

Portanto, é incumbido ao Estado, com base no seu dever de proteção, criar uma legislação que abarca uma perspectiva de gênero de proteção aos direitos das mulheres, por isso, um importante passo no combate efetivo à desigualdade de gênero no Estado Democrático de Direito.

2.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA E O PAPEL DO ESTADO

É indiscutível que a Constituição Federal de 1988 possui a base de seu texto no resguardo inabalável da dignidade da pessoa humana, bem como impõe ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas que visam traduzir o seu dever de proteção. (Mendes, 2017)

Nas palavras de Mendes (2017), o Estado é detentor desse dever de zelar pela proteção de cada indivíduo, além de frear o abuso de poder das próprias instituições públicas, também deve zelar contra agressões indevidas dos próprios particulares. Dessa maneira, argumenta:

> De um modo geral, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Essa esfera protetiva toma especial relevo quando se trata de definir o que se deve exigir do Estado para que proteja a mulher vítima, ré ou condenada. (MENDES, 2017)

Aduz ainda que, esse dever de proteção do Estado é refletido na criação de políticas públicas, de normas penais e processuais penais que são ações concretas de execução para proteção do princípio da dignidade da pessoa humana (Mendes, 2017). Nisso, é evidente que, de fato, se alcança o propósito desse resguardo de proteção aos direitos humanos das mulheres avançando no campo da concretização.

Assim, esse reflexo de concretização se vê no posicionamento do Superior

Tribunal de Justiça que editou a súmula 589 com a seguinte redação: "é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas" (3.ª S., j. 13.09.2017, DJE de 18.09.2017).

Por conseguinte, aponta Lenza (2020) que a Lei Maria da Penha é o instrumento de proteção efetiva dos direitos fundamentais, isso porque, segundo o autor, o legislador inova ao trazer no preâmbulo da Lei, o estabelecimento de medidas especiais e novas tendências.

> A Lei Maria da Penha segue tendência do novo direito civil constitucional de se estabelecer o regramento não em código único, mas em destacados microssistemas, como o ECA, o Estatuto do Idoso etc., na linha do preconizado pelo princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais (LENZA, 2020)

Ainda no que tange o dito acima pelo autor, a Lei Maria da Penha (11.340/2006) reforça o comprometimento com documentos internacionais de concretizar no plano do ordenamento jurídico o combate à violência doméstica.

Além disso, não se pode deixar de citar a participação essencial das mulheres comprometidas na luta contra à violência de gênero por meio de uma lei específica. Nesse contexto, expõe Mendes (2017) ao citar Castilho (2007):

> A ideia que norteou o grupo de mulheres que, individualmente ou representando organizações, numa reunião realizada em agosto de 2002, no Rio de Janeiro, se comprometeu a lutar por uma lei que regulasse o enfrentamento à violência, era a de produzir uma legislação que reconhecesse este tipo de violência como uma violação aos direitos humanos e que instrumentalizasse o Estado brasileiro em prol das vítimas da violência de gênero (CASTILHO, 2007 apud MENDES, 2017)

Outro ponto de discussão importante, é o que tange o direito de proteção da mulher e seu reflexo na própria Lei Maria da Penha (11.340/2006), no qual foi abarcado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19[5] e Ação Direta de

[5] Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos arts. 1Q, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4.424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4.424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012. Dispositivos questionados: arts. 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497. Acesso em: 19 nov 2021.

Inconstitucionalidade 4.424[6], aquela ajuizada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e esta pelo Procurador-Geral da República, tendo a ADC objetivando cessar a discussão sobre suposta ofensa ao princípio da igualdade, haja vista a proteção da mulher vulnerável em situação de violência doméstica e familiar tendo a proteção exclusiva e ADI para se ter uma interpretação conforme a Constituição (BIANCHINNI, 2014, p. 252).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI, posicionou a favor para que a ação penal, em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, fosse de natureza pública incondicionada, ou seja, a peça inicial, a denúncia, será de autoria de membro do Ministério Público e nas palavras do Professor Aury Lopes (2020):

> É a regra geral do sistema penal brasileiro, no qual os delitos são objeto de acusação pública, formulada, portanto, pelo Ministério Público (estadual ou federal, conforme seja a competência da Justiça Comum Estadual ou [Comum] Federal). Essa ação será exercida através de "denúncia", instrumento processual específico da ação penal de iniciativa pública e de atribuição exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição). (LOPES, 2020)

Nessa linha, é importante a manifestação do Ministro Luiz Fux (STF, 2012) nos autos das ADI e ADC ao declarar coerente a tese de assentar a natureza incondicionada da ação penal que envolva a violência doméstica e reitera princípios basilares da Constituição Federal para assegurar a dignidade da pessoa humana às mulheres vulneráveis.

Nesse sentido:

> Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres,

[6] ADI 4.424 Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos arts. 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4.424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4.424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012. Dispositivos questionados: arts. 12, I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143. Acesso em: 19 nov 2021.

> submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot)*. Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei n. 11.340/2006 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. Por óbvio, todo *discrímen* positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. (STF, 2012)

É possível destacar que o princípio da proteção visa proteger indivíduos vulneráveis de proteção deficiente do Estado, bem como resguardar direitos fundamentais dentro da perspectiva do dever de proteção. E nas palavras de Mendes (2017), reconhecer direitos fundamentais é uma exigência que advém do princípio norteador da dignidade da pessoa humana, assim, impõe ao próprio Estado esse poder-dever que o impede de abster-se diante desses casos que agridam direitos fundamentais.

Portanto, nada mais urgente que atribuir uma força maior à aplicabilidade da Lei justamente para criar uma barreira de proteção aos direitos humanos das mulheres. Por isso, a importante mobilização do Estado, através do poder legislativo, para que nesse momento atípico e pandêmico, utilizar sua força em prol da devida proteção.

3 **LEI MARIA DA PENHA:** CONCEPÇÃO E SURGIMENTO DA LEI FEDERAL Nº 11.340/2006.

O Brasil firmou diversos acordos frente à comunidade internacional[7], através de tratados e convenções que externam o compromisso do país em desenvolver políticas públicas e obrigações jurídicas de forma a proteger a dignidade da pessoa humana e direitos humanos por força do art. 5, § 3º, da

[7] ''(...) A partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995''. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm. Acesso em 19 nov 2021.

Constituição Federal de 1988[8] e desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados com hierarquia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, assim, tendo sua natureza jurídica de emenda constitucional (LENZA, 2020).

Assim, temos que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.343/2006) é um dos reflexos desse compromisso internacional e a aproximação entre a ordem jurídica externa e interna em combater a violência doméstica e familiar contra a mulher e o resguardo de seus direitos fundamentais.

Bastante difundida na nossa sociedade e uma das leis mais conhecidas no âmbito da proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar, foi uma das maiores conquistas femininas em um país que possui expressões significantes de desrespeito e menosprezo ao sexo feminino.

Ao ser criada, a Lei nº 11.340/2006 tem seu nome inspirado na história triste e ao mesmo tempo de superação de Maria da Penha[9], uma mulher que sofreu diversos tipos de violência vindas de seu parceiro e agredida pelo próprio Estado ao ser moroso na realização da justiça diante de um caso que expõe a cultura patriarcal, machista e arcaica da nossa sociedade, que ao fim, o Estado foi condenado pela OEA (Organização dos Estado Americanos) justamente por sua inércia e omissão na proteção às mulheres (CIDH, 2001).

Além de levar o nome de uma sobrevivente da violência doméstica e familiar, a criação da Lei Maria da Penha advém também do compromisso do Estado, impetrado na Constituição Federal de 1988 de proteger a família em seu art. 226, § 8º ''Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações''.

O determinado artigo e seu respectivo parágrafo citado acima, mostra o compromisso do Estado, ratificado em tratados internacionais, especialmente a

[8] Art. 5º, §3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[9] O caso Maria da Penha é representativo da violência doméstica à qual milhares de mulheres são submetidas em todo o Brasil. A sua trajetória em busca de justiça durante 19 anos e 6 meses faz dela um símbolo de luta por uma vida livre de violência. Autora do livro *Sobrevivi... posso contar* (1994) e fundadora do Instituto Maria da Penha (2009), ela ainda hoje fala sobre a sua experiência, dá palestras e luta contra a impunidade dessa violência que é social, cultural, política e ideológica, afetando milhares de mulheres, adolescentes e meninas em todo o mundo. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em: 18 nov 2021.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, para proteger componentes familiares de violência e o mais importante de evidenciar que a instituição da família não é impenetrável pelo Estado, que este irá atuar para o bem-estar de cada indivíduo mesmo que isso significa a destituição dessa instituição. Assim, para coibir arbitrariedade de violência no âmbito particular, a Constituição Federal juntamente com a referida Lei é essencial para essa proteção.

Nesse sentido, Basterd (2011, p. 15) entende que a Lei Maria da Penha (11.340/2006) e sua aprovação é visto como exemplo de exercício de cidadania ativa e de atuação feminista no âmbito público e considera a atuação de partes feministas como grande impulsionador de políticas públicas e também no sentido de continuação de diálogo com as instituições de justiça, e assim, explana o seguinte:

> A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006, é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público. Sintetiza, também, a longa interlocução das feministas com os poderes legislativo e executivo e aponta para a necessidade de investimentos contínuos no diálogo com o poder judiciário e as demais instituições da justiça. (BASTERD, 2011, p. 15)

Ainda, importante ressaltar que a Lei Maria da Penha tem natureza de ação afirmativa e abarca um sistema de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, além de definir os tipos de violência e os cenários nos quais há possibilidade de cometimento dessa violência. Além de direcionar a proteção às vítimas, também irá determinar penalidade ao agressor e a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência pelo Delegado de Polícia e Policiais Militares em situações específicas para evitar a vagareza do poder judiciário (Lei 11.340/2006).

O sujeito passivo da lei Maria da Penha, ou seja, aquele em que a referida lei protege é apenas a mulher. Nessa linha, é também amplamente entendido a devida aplicação da referida lei às mulheres transexuais e transgênero, quando a violência decorre do gênero[10] (FONAVID, 2006). Diferentemente do sujeito ativo, que pode

[10] Enunciado 46: A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5o, da Lei 11.340/2006. (APROVADO no IX FONAVID – Natal).

ser tanto um homem como uma mulher, como se é previsto no art. 5º. Assim, a compreensão de que apenas mulheres são sujeitos passivos da Lei Maria da Penha, é amplamente difundido nos Tribunais Superiores do país[11], que não compartilham do entendimento da minoria de que se possa aplicar o abarcado na Lei 11.340/2006 aos indivíduos do sexo masculino.

Com a simples leitura e interpretação das jurisprudências dos Tribunais Superiores do país, é clarividente o entendimento pacífico nos tribunais superiores no que tange a impossibilidade de ampliação de aplicação da Lei nº 11.340/2006 diante de casos nos quais os sujeitos passivos são do sexo masculino, justamente pela força do artigo 1º da lei. Desse modo, os ensinamentos de Bianchini; Bazzo; Chakin (2021, p. 70) trazem à tona decisões contrárias, entendendo-se por minoria na jurisprudência, e expõe:

> Ainda que haja decisões em sentido contrário, entendendo que é possível a aplicação analógica da medida protetiva de urgência para vítimas do sexo masculino (inclusive àqueles que mantêm relações homoafetivas com outros homens), trata-se de posição minoritária. (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN 2021, p. 70)

Ainda nessa linha de raciocínio, explanam Bianchini; Bazzo; Chakin (2021, p. 70) que apesar da Lei Maria da penha ser inaplicável nos casos em que se encontra como vítima de violência doméstica os homens, isso não traduz a negligência do Estado para com essas vítimas, apenas reforça que a proteção com a mulher deve ser feita de forma mais incisiva por se tratar de uma violência contra o próprio gênero feminino e que necessita dessa forma especial de proteção.

Retira-se, portanto, a reiteração do compromisso do estado em extinguir as maneiras de violência de gênero contra à mulher, levando a exclusividade dessa lei para a proteção de mulheres vulneráveis e em contexto de violência doméstica e familiar, através de medidas que envolvem áreas sociais.

[11] CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA LESÃO CORPORAL VIOLÊNCIA DOMÉSTICA VÍTIMA DO SEXO MASCULINO INAPLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. A conduta praticada, embora tenha ocorrido no âmbito doméstico e familiar, não comporta aplicação da Lei Maria da Pena, por se tratar de violência dirigida a sujeito do sexo masculino, não alcançada pela referida legislação, que tem como escopo proteger a mulher nas relações em que ela exerce um papel de submissão, seja psicológica, física ou econômica. (TJPR; Processo: 825704-5; Relator: Macedo Pacheco; 1ª Câmara Criminal em Composição Integral; Data Julgamento: 16/02/2012; Data Publicação: 02/03/2012).

3.1 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À OFENDIDA CONTIDAS NO ART. 23 DA LEI MARIA DA PENHA (11.340/2006)

Ao direcionar todas as forças ao combate à violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha trouxe em seu bojo a criação das Medidas Protetivas de Urgência, que, ao serem direcionadas à ofendida, abarca um sistema de prevenção e proteção imediata à mulher na situação de violência. Dessa forma, o instituto das medidas protetivas traz mecanismos que visam dar efetividade ao propósito da lei, qual seja, assegurar à mulher o direito fundamental de uma vida sem violência[12].

Assim, explana Heerdt (2011)

> Essas medidas de urgência foram introduzidas para garantir uma proteção imediata às mulheres em situação de violência. Há muito, verificava-se a necessidade de oferecer às mulheres medidas que pudessem, rapidamente, sustar a situação de violência, seja protegendo diretamente a vítima, seja submetendo o agressor a determinado comportamento. (HEERDT, 2011, P. 315)

Por isso, o art. 23 da Lei 11.340/2006[13] mostra em seus incisos diversas proteções à saúde física e psicológica da ofendida. No seu inciso I, no qual refere-se ao encaminhamento e de seus dependentes a programa comunitário de proteção ou de atendimento, podendo ser requerido pela própria vítima ou de ofício pelo magistrado, e até mesmo pelo requerimento do Ministério Público. É observado que o legislador ao determinar essa medida, preocupou-se em afastar a ofendida do meio que lhe causou constrangimentos.

Em seu inciso II, do art. 23, há a recondução da vítima e seus dependentes ao lar após a retirada do agressor. Tal medida pode ser solicitada à autoridade policial que lhe prestou assistência ao denunciar e no prazo de 48 horas, essa requisição será

[12] HEERDT, Samara Wilhelm. Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24. 2001, p. 315. Disponível em: https://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf. Acesso em: 20 nov 2021.

[13] Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

direcionada à Vara Criminal para a efetiva concessão da medida.

O inciso III, refere-se ao afastamento do lar pela ofendida sem que haja prejuízos em relação aos direitos sobre seus dependentes, bens e alimentos. Com isso, a vítima poderá requerer à autoridade policial e também propor uma ação de afastamento.

O inciso IV cita a separação de corpos. Assim, o Código Civil em seu art. 1.562 traz a possibilidade de antes mesmo do divórcio, anulação do casamento ou dissolução de união estável, a possibilidade de concessão pelo juiz da separação dos corpos diante da comprovação de sua necessidade.

Em relação ao inciso V, este foi acrescido pela Lei nº 13.882/2019[14] que possibilita a matrícula dos dependentes da mulher em situação de violência doméstica ou familiar na escola ou creche mais próxima de seu domicílio, mesmo que a instituição básica escolar esteja sem vaga.

Por último e em consonância com acima trazido, é possível extrair do art. 9, § 2º[15], da Lei Maria da Penha (11.340/2006) outras medidas protetivas à mulher na situação de violência doméstica e familiar, que visam proteger o emprego e outras atividades laborais, e que por isso, prevê situações de afastamento da trabalhadora ou remoção caso seja servidora pública. Nesse sentido, o referido artigo garante à ofendida um trabalho digno, pois, este não é considerado apenas um meio de sobrevivência, mas sim um direito social e inerente a todo ser humano que deve ser resguardado (BIANCHINI, 2021, p. 139). Portanto, deve o Estado resguardar esse direito, afastando ou removendo essa mulher, e garantido a manutenção desse emprego ou função.

Desse modo, é visível a preocupação do legislador em garantir a efetividade de uma proteção integral à mulher, no sentido de concentrar na competência de um magistrado o poder-dever de uma proteção jurisdicional dos direitos

[14] A lei 13.882 de 8 de outubro de 2019 altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm. Acesso em: 19 nov 2021.

[15] Art. 9º, § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

fundamentais das mulheres, em garantir sua integridade, seja ela física ou psicológica e cercá-la de amparo diante de sua necessidade como mulher inserida em um contexto de violência doméstica e família (ÁVILA, 2019).

4. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO CENÁRIO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (SARS-CoV-2) COM BASE NA LEI Nº 14.022, DE 7 DE JULHO DE 2020.

A Pandemia do novo Coronavírus que assola o mundo desde março de 2020, trouxe diversos desafios para o Ente Público acerca da aplicação das medidas protetivas de urgência à ofendida, o tratamento da mulher em situação de vulnerável, e revelou o aumento significativo de cometimentos de violência doméstica contra à mulher (FBSP, 2020).

O distanciamento social e a quarentena, medidas sanitárias eficazes e que visam diminuir a transmissibilidade do vírus e implementadas pelo país, impactou diretamente na rotina da mulher que se viu à mercê da violência vivida dentro de seu próprio lar e forçada a essa convivência com seu agressor (MARQUES, 2020).

Um importante estudo feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública[16] realizado em todo país no ano de 2020 (FBS, 2020), constatou uma diminuição no número de medidas protetivas de urgência concedidas às mulheres, bem como uma maior dificuldade em ter acesso aos canais para denunciar e consequentemente um número reduzido de registros em delegacias. Esse estudo reflete o impacto e os desafios tanto do Poder Público, quanto da própria mulher vítima, pois, ao mesmo tempo em que combate esse tipo de violência descabida, trava uma batalha com o vírus mortal do Covid-19.

Retira-se, portanto, da nota técnica emitida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que mesmo com a diminuição de registros de denúncias a violência doméstica não diminuiu, isso porque há relação ao não alcance da ofendida aos canais de denúncia, bem como, a dificuldade de proteção da implementação eficaz das medidas protetivas. É o que traz a Nota Técnica, ao

[16] O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) é uma organização não-governamental, apartidária, e sem fins lucrativos, que se dedica a construir um ambiente de referência e cooperação técnica na área da segurança pública. A organização é integrada por pesquisadores, cientistas sociais, gestores públicos, policiais federais, civis e militares, operadores da justiça e profissionais de entidades da sociedade civil que juntos contribuem para dar transparência às informações sobre violência e políticas de segurança e encontrar soluções baseadas em evidências.

explanar que:

> Uma das consequências diretas dessa situação, além do aumento dos casos de violência, tem sido a diminuição das denúncias, uma vez que em função do isolamento muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê- la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro. (FBSP, 2020)

Para que haja o acesso efetivo da mulher aos canais de apoio e segurança, foi criada a Lei excepcional nº 14.022/2020 que dispõe sobre o tratamento de medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças, pessoas idosas e com deficiência dentro do contexto de pandemia.

A novel legislação traz diversos dispositivos que ampliam e qualificam serviços tidos como essenciais à mulher na situação e violência doméstica. Desse modo, entre medidas relevantes, a possibilidade de haver registro da ocorrência por meio eletrônico, posição acertada e extremamente necessária para a nova situação em que diversas mulheres vivem.

No tocante às medidas protetivas de urgência, a lei trouxe um tratamento que visa estender o prazo de vigência de medidas concedidas durante o estado de emergência sanitária, isso porque vai incidir uma prorrogação automática da concessão, desse modo, dando agilidade nos casos que incida a violência doméstica (Brasil, 2021). Outro importante tratamento à medida protetiva é a possibilidade de seu pedido via on-line, aproximando a ofendida da oferta de proteção e segurança, fazendo jus aos objetivos da Lei.

Nesse sentido, explana Marques (2020) que a vivência em um momento pandêmico fez despertar determinados gatilhos que ampliam a vulnerabilidade das mulheres em situação de violência doméstica, desse modo, explica ainda que o acesso aos serviços públicos e instituições de rede de apoio fez com que fosse prejudicado devida a interrupção ou diminuição do trabalho, de atividades em igrejas, creches e afins.

Vejamos:

> A pandemia também traz repercussão no nível comunitário do modelo ecológico, na medida em que diminui a coesão social e o acesso aos serviços públicos e instituições que compõem a rede social dos indivíduos (...). Esses fatores contribuem de modo a favorecer a manutenção e o agravamento das situações de violência já instaladas. (MARQUES, 2020)

Fazendo a ponte com o exposto anteriormente, a Lei excepcional 14.022/2021 objetivou seus dispositivos para que haja a maior facilidade de acesso aos canais de proteção das instituições públicas, e conforme Marques (2020) entendeu ser fundamental, visando a efetividade e implantação das medidas protetivas de urgência, alguns pontos importantes que implicam no desenvolvimento de mecanismo e adaptações para o cenário pandêmico atual, sendo alguns deles: (1) Garantia de atendimento 24 horas do ligue 180, Disque 100 (violação aos direitos humanos) e 190 (Polícia Civil), e a manutenção do trabalho dos Conselhos Tutelares por plantão presencial ou via telefone, WhatsApp (...). (2) Garantir agilidade do julgamento de denúncias de violência contra a mulher, que podem ser solicitadas pela vítima ao delegado (a) de polícia ou por meio do Ministério Público, visando à instalação de medidas protetivas de urgência, quando necessárias.

Ensinam Bianchini; Bazzo; Chakian (2021, p. 168) que o contexto de um convívio forçado e esse isolamento dentro do próprio lar de meninas e mulheres, sem que haja um acesso aos espaços de convivências tradicionais, como escolas, se torna fatores que expõe ainda mais essas mulheres à violência. Desse modo, trouxe a lei excepcional nº 14.022 de julho de 2020, mecanismos e medidas que possibilitam o enfrentamento da violência doméstica às mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiência.

É importante frisar que o enfrentamento à violência contra a mulher no contexto de pandemia não pode se restringir apenas ao acolhimento de denúncia, mas também à criação de estratégias que incidam o aumento de divulgação de serviços disponíveis e fortalecimento da rede de apoio[17], por exemplo.

Portanto, o Poder Público deve garantir o mínimo para essa situação em um momento de exceção em que vivemos, reforçando a luta em combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como, reforçar a proteção à mulher, crianças, idosos e pessoas com deficiência.

4.1 DELEGACIA VIRTUAL IMPLEMENTADA PELA LEI ORDINÁRIA Nº 10.726, DE 08 DE JUNHO DE 2020

[17] VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1980-549720200033 5. Acesso em: 21 nov 2021.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública publicou seu estudo datado de maio de 2020 no qual traz os impactos da pandemia do Covid-19 e necessidade das medidas de isolamento social às mulheres em situação de violência doméstica, incidindo a coleta de dados sobre diversas violências que atingem mulheres em diversas unidades da Federação (FBSP, 2020).

No estado do Rio Grande do Norte, com base em estudos feitos pelo ONAS – DEMOGRAFIA UFRN[18], foi possível perceber a inadequação das formas de registro de ocorrência da violência doméstica, incidindo, portanto, na falta de meios necessários, que inviabilizava a elaboração de boletins de ocorrências por causa da vigência da portaria nº 066/2020-GDG/PCRN[19] de 19 de março de 2020[20].

Neste ínterim, com base na Lei 14.022/2020, foi criada a Lei Ordinária nº 10.726, de 08 de junho de 2020 implantada no Estado do Rio Grande do Norte, dispondo sobre o registro de violência doméstica e familiar através de uma Delegacia Virtual no âmbito do Estado.

Retira-se da Lei supra que delitos em estado não flagrancial decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, seja ação ou omissão, baseando no gênero que promova sofrimento físico, sexual ou psicológico, lesão, morte, dano moral ou patrimonial, é assegurado à mulher a concessão de medida protetiva de urgência, bem como, o registro por meio da Delegacia Virtual. Conforme o exposto acima, o art. 1º, da Lei nº 10.726, de 08 de junho de 2020 dispõe, *in verbis*:

> Art. 1º Os delitos praticados em situação não flagrancial, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, na modalidade ação ou omissão baseada no gênero que venha a lhe causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, poderão ser registrados por meio da Delegacia Virtual, sendo assegurado a mulher manifestar o interesse em requerer medida protetiva de urgência, prevista na Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

[18] O Programa de Pós-Graduação em Demografia (PPGDem) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), cumprindo sua missão de contribuir com o conhecimento na área de demografia e estudos populacionais, especialmente para a região Nordeste, organizou o ONAS-Covid19 para sistematizar a produção de análises sociodemográficas de maneira simples e objetiva no intuito de contribuir para a disseminação de conhecimento com bases científicas. Disponível em: https://demografiaufrn.net/onas-covid19/. Acesso em: 25 nov 2021.

[19] ''Entretanto, essa redução no número de registros no RN durante a pandemia pode ser reflexo da inadequação das formas de reportar esse crime no momento atual. Conforme a Portaria Nº 066/2020- GDG/PCRN, de 19 de março de 2020, não poderão ser elaborados Boletins de Ocorrências virtuais relativos a violência doméstica e contra crianças, adolescentes e idosos.'' (ONAS-DEMOGRAFIA UFRN, 2020). Disponívelem:

[20] MEIRA, Karina Cardoso; MYRRHA, Luana Junqueira Dias; JESUS, Jordana Cristina de. Violência doméstica no contexto de isolamento social no Nordeste e RN – Por que se preocupar?
Disponível em: https://demografiaufrn.net/2020/04/09/violencia-domestica-no-contexto-de-isolamento-social-no-nordeste-e-rn-porque-se-preocupar/

Nesse sentido, com uma breve leitura do dispositivo acima citado é possível concluir que para frear a incidência de violência doméstica no contexto pandêmico, o Governo do Estado do Rio Grande do Norte sancionou a lei supra adaptada à Pandemia. Contudo, houve queda nas denúncias em delegacias de polícia na vigência das medidas de isolamento social (FBSP, 2020)[21].

Seguindo o que explana Marques (2020), mesmo com a novel legislação como o intuito de adaptar à realidade em que vivemos, é preciso que a experiência já existente seja reforçada e o que já foi realizado pelas instituições do governo e não governamentais seja amoldado para a melhor concretização de medidas de combate à violência doméstica.

Portanto, resta evidente que não basta usar a inteligência da legislação, deve haver a devida concretização e implementação de novos instrumentos no auxílio ao combate à violência contra a mulher, bem como o reforço de instrumentos úteis devidamente adaptados tanto para o combate à própria violência doméstica quanto para o combate ao novo vírus.

5. CONCLUSÃO

O cenário de violência institucional contra a mulher não advém de fato espontâneo, visto que, trata-se de um legado histórico de machismo, misoginia e patriarcado que se manifestam até os dias atuais e está enraizado por todas as instituições e não deveria ser naturalizado. Como bem colocado na Lei 11.340/2006, em seu art. 3º, §2º, é dever de toda sociedade, poder público e família promover e efetivar os exercícios dos direitos das mulheres.

Em vista disso, o cenário de Pandemia do COVID-19 no qual obrigou diversas pessoas a se protegerem do inimigo invisível, e sendo implementada medidas eficazes e necessárias de distanciamento social e quarentena, fez com que milhares de mulheres já inseridas no contexto de violência doméstica e familiar, tivessem sua vida social interrompida, e ainda, devido a esse distanciamento social

[21] ''O Estado do Rio Grande do Norte, único que apresentou crescimento no número de registros em março desse ano verificou uma queda de 57,7% das denúncias em delegacias de polícia em abril, já sob a vigência das medidas de isolamento social. Mesmo nos estados em que foi implementado o boletim de ocorrência eletrônico se verificou queda nos registros como em São Paulo, cuja redução foi de 21,8%.'' Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia- domestica-covid-19-ed02-v5.pdf. Acesso em: 19 nov 2021

e a inclusão do home office, diversos setores do âmbito público suspenderam atendimentos presenciais, tendo em vista o momento pandêmico, afetando o modo de proteção aos direitos humanos das mulheres.

Como exposto, o Estado precisou modular seus mecanismos de combate para com a violência contra a mulher, de forma a minimizar sua incidência em um contexto pandêmico. Neste ínterim, no âmbito federal, diversas leis foram feitas dispondo desde estabelecimento de medidas protetivas que visam acompanhamento psicossocial do agressor a medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia do COVID-19, mostrando, de fato, a necessidade em frear a incidência desse tipo de violência em período fora do normal. Além disso, houve também no âmbito do estado do Rio Grande do Norte, edição de lei ordinária a fim de criar Delegacias Virtuais para a facilitação de feitura de boletins de ocorrência e de se evitar a exposição das vítimas ao vírus do COVID-19.

Contudo, mesmo com diversas leis criadas e adaptadas ao cenário pandêmico vivido no país, verifica-se a dificuldade do Estado em aplicar leis protetivas de cunho social. Isso é refletido nos dados disponibilizados por entidades não governamentais que demonstram o crescimento do número de ocorrências de violência contra à mulher dentro do próprio recinto doméstico, mesmo com a criação de leis, campanhas e afins para o combate dessa epidemia social no país.

O novo paradigma vivido pelas mulheres em situação de violência, de fato desafiou a aplicação dos ditames abarcados na própria Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), em especial ao que se refere na prevenção e erradicação da violência. Logo, mesmo com todo arcabouço jurídico material e processual para o combate da violência doméstica, o Estado depara-se com a dificuldade de concretizar o que se tem teoricamente na Lei.

É dever do Estado garantir a proteção a quem está sob sua guarda e executar ações concretas para assegurar direitos constitucionalmente previstos. À vista disso, essas ações são efetivamente concretizadas com a criação de normas materiais e processuais que viabilizam a aplicação dos ditames básicos previstos constitucionalmente e refletido nas decisões judiciais, de modo a amenizar o cenário da violência de gênero contra a mulher.

Portanto, reitera-se a necessidade de se continuar combatendo toda e

qualquer forma de violência de gênero contra a mulher, por isso, o Estado deve continuar exercendo seu poder-dever de proteção, mediante a concretização de leis. Por outro lado, deve-se continuar havendo a luta feminista por maiores proteções legislativas bem como promover diálogos com todas as áreas e âmbitos de proteção à mulher.

REFERÊNCIAS

ARÁUJO, Maria de Fátima. **Gênero e violência contra a mulher**: o perigoso Jogo de poder e Dominação, 2008 Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012. Acesso em: 20 nov 2021

ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**: natureza jurídica e parâmetros decisórios. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2019. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017c08238c3b41c9aa55&docguid=If2b4fe20918011e9a224010000000000&hitguid=If2b4fe20918011e9a224010000000000&spos=22 &epos=22&td=307&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChu n k=1. Acesso em: 20 ago 2021.

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

_____. Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020. Brasília. DF: Senado Federal. 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 10.276, de 8 de julho de 2020. **Dispõe sobre o registro de violência doméstica e familiar por meio da Delegacia Virtual no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte.** Natal, Rio Grande do Norte. Disponível em: https://isoldadantaspt.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Lei-Ordin%C3%A1ria- 10.726-de-08.06.2020-Delegacia-Virtual.pdf. Acesso em: 20 set 2021.

_____. **Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. IX FONAVID NATAL, Enunciado 46. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php. Acesso 15 set 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direita de inconstitucionalidade nº 4.424/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa** de **Jurisprudência**, Acórdãos, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143. Acesso em 13 out 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 589. In: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. **Regimento interno e súmulas**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27589%27. Acesso em: 01 nov 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19.** In: julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497. Acesso em: 19 de nov de 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.424**. In: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos arts. 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143. Acesso em: 19 de nov 2021

BIANCHINI, Alice, BAZZO, Mariana, CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**: Lei Maria da Penha, Crimes sexuais e Femenicídio. – 3. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Aspectos criminais e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero [livro eletrônico] / Aline Bianchini. – 2. Ed. – São Paulo: Tirant to Blanch, 2021. Acesso em: 10 ago 2021

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006 – aspectos assistências, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTERD, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha**: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_2_advocacy-feminista.pdf. Acesso em: 18 out 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório n. 54/01**, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 10 ago 2021

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. Disponível em: https://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf. Acesso em: 19 nov 2021

DUTRA, Eva Ornela Moreira. **Lei Maria da Penha e Políticas Públicas de enfrentamento a violência contra a mulher**. 2020. 49 folhas. Centro Universitário Unifacig, Munhauçu, 2020. Disponível em: http://www.pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositoriotcc/article/viewFile/24 95/1732. Acesso em: 10 set 2021

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**, 2ed., 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf. Acesso em 05 jun 2021.

GOMES, Kyres Silva. **Violência contra a mulher e Covid-19**: Dupla pandemia. Revista Espaço Acadêmico, 2020. Disponível em: https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/55007. Acesso em: 08 ago 2021

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência 2020**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da- violencia-2020. Acesso em 29 ago 2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **IMP, 2018**. Quem é Maria da Penha. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em: 18 nov 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** [livro eletrônico] / Pedro Lenza. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Acesso em: 20 de out 2021

MARQUES, E S. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19:** panorama, motivações e formas de enfrentamento. Cad. Saúde Pública 2020. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/. Acesso em: 21 abr de 2021.

MEIRA, Karina Cardoso; MYRRHA, Luana Junqueira Dias; JESUS, Jordana Cristina de. **Violência doméstica no contexto de isolamento social no Nordeste e RN** – Por que se preocupar? Disponível em: https://demografiaufrn.net/2020/04/09/violencia-domestica-no- contexto-de-isolamento-social-no-nordeste-e-rn-porque-se-preocupar/. Acesso em: 25 nov 2021.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm. Acesso em: 19 nov 2021

ORGANIZAÇÃO mundial de saúde declara pandemia do novo coronavírus. **UNA-SUS,** 2020. Disponível em: https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-

saude-declara-pandemia- de-coronavirus. Acesso em: 10 ago 2021

SAFFIOTI, Heleith I. B. **Contribuições Feministas para Estudo da violência de gênero**. 2001. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLrqwYhkL/?format=html&lang=pt. Acesso em: 20 nov 2021.

VIANNA, Giulia Splenger. **A efetividade das medidas protetivas no enfrentamento à violência doméstica contra mulher e o agravamento durante a pandemia da covid-19.** 2021. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13978. Acesso em: 21 set 2021.

VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica**: o que isso nos revela?, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1980-549720200033 5. Acesso em: 21 nov 2021.

FEMINICÍDIO, UMA EXPRESSÃO DO SIMBOLISMO PENAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA EFICÁCIA DA NORMA

Anna Beatrice Guedes Albuquerque[1]
Sandresson de Menezes Lopes[2]

RESUMO

O escopo desse trabalho é verificar se o feminicídio - qualificadora do crime homicídio, inserida na legislação penal através da Lei nº 13.104/2015 - constitui uma expressão do chamado Direito Penal simbólico. Destaca-se a tutela do Direito Penal sobre as mulheres, as marcas deixadas pelo patriarcado, no aparato jurídico brasileiro. Além disso, a Lei Maria da Penha e sua importância para o reconhecimento da luta feminista por igualdade também é observado. Salienta-se o papel da sociedade e do Estado na proteção da vida, analisando a utilização do Direito Penal. Assim, através de pesquisa bibliográfica e qualitativa, procura-se entender se a lei do feminicídio supre a necessidade social ou apenas mascara a realidade.

Palavras-chave: Direito penal simbólico. Feminicídio. Violência. Mulher

FEMINICIDE, AN EXPRESSION OF CRIMINAL SYMBOLISM: THE ANALYSIS ABOUT THE LAW EFFICIENCY

ABSTRACT

The purpose of this work is to verify if the feminicide, homicide crime qualifier, inseted in criminal law through the law n° 13.104/2015, constitutes na expression of Symbolic criminal law. The protection of criminal law over women stands out, the marks left by the patriarchy in the Brazilian legal apparatus. In addition, the Maria da Penha law and its importance for the feminist struggle for equality i salso observed. The

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: annabeatrice.guedes@gmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: sandresson1@hotmail.com

role of society and the state in protecting life is highlighted, analyzing the use of criminal law. Thus, through bibliographical and qualitative research, it is sought to understand if the feminice law meets the social need or just masks reality.

Keywords: Symbolic criminal law. Feminicide. Violence. Woman

1 INTRODUÇÃO

É notável que o Direito Penal simbólico tem sido alvo de críticas entre a doutrina, este pode ser conceituado por ser a ação do poder legislativo de elaborar e aprovar leis no âmbito do Direito Penal com fins simbólicos, objetivando instaurar uma ilusão de tranquilidade na sociedade perante a atual difusão do medo e da indignação diante de um crime.

Simultaneamente a esse contexto, foi promulgada a lei n. 13.104, em 9 de março de 2015, que incluiu o feminicídio no rol da lei dos crimes hediondos, ao categorizá-lo como modalidade qualificada do crime de homicídio. Alguns doutrinadores apontam esse evento como uma aplicação prioritária da função simbólica da lei penal, sem preocupação com sua efetividade no combate ao crime.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo debater a recente qualidade hedionda do feminicídio como instrumento de análise e sua eficiência na repressão do crime e consequente proteção do bem jurídico que tutela. A fim de esclarecer essa problemática, utilizou-se do método dedutivo, visto que a hipótese - em questão - será verificada, e, analisada a partir dos conceitos e concepções de pesquisas já realizadas. A abordagem também é qualitativa, uma vez que a pesquisa foi realizada por meio de leitura, análise e interpretação. A técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica.

O interesse em estudar acerca da rigorosidade penal prevista para o autor desse tipo penal e sua função simbólica, deu-se durante a pandemia de Coronavírus, momento no qual os casos de feminicídio cresceram assustadoramente, gerando grande comoção e despertando curiosidade em pesquisar a real eficácia da Lei 13.104, visto que esta é considerada um marco na luta feminista por direitos iguais.

O artigo está dividido em capítulos, partindo da conceituação do simbolismo penal, passando pela tutela do Direito Penal sobre as mulheres durante a formação da sociedade brasileira. Por fim, aborda a tipificação do feminicídio como sexta

qualificadora do crime de homicídio, bem como analisa sua eficácia como suposta expressão do direito penal simbólico brasileiro.

2. SIMBOLISMO PENAL

O Direito Penal - em sua gênese - tem concepções fundadas para atingir determinados objetivos. Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o Direito penal é:

> o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor (1999, p. 15).

Sendo assim, entende-se que o Direito Penal é a união de normas criadas pelos legisladores para prevenir ou reprimir condutas reprováveis, ou seja o Direito Penal é o aparato jurídico, no qual o Estado se utiliza para coibir atos que comprometam a segurança da sociedade, conceituando crimes e infrações e fixando as sanções punitivas.

Conforme Miguel Reale (2003), na Teoria da Tridimensionalidade do Direito, o Direito possui três dimensões essenciais, o fato, o valor e a norma. Nesse sentido, o Direito se constitui a partir de um episódio (fato), que fere a ordem social (valor), inflamando o Estado para a criação de uma norma, a fim de tornar esse ocorrido, uma infração e assim reduzir sua ocorrência. Sendo a norma o resultado da correlação fato-valor, e o fato, ponto de partida para a existência de uma norma.

No entanto, em alguns casos, o Direito Penal não atinge sua real finalidade. A idealização social e a confiança ao Direito Penal, dá espaço para o surgimento do Simbolismo Penal. Assim como é ratificado por Luiz Flávio Gomes "o simbolismo consiste no uso do Direito penal para acalmar a ira da população em momentos de alta demanda por mais penas, mais cadeias, etc." (GOMES, 2006, p. 24).

Nessa perspectiva, o simbolismo penal é aplicado para que os brasileiros tenham uma falsa sensação de que a violência está sendo adequadamente enfrentada. Assim, embora alguns estudos da criminologia já tenham demonstrado que o Direito Penal não é suficiente para resolver essa chaga social, ou seja: a criminalidade, induz-se

o senso comum, o ideal que, severas sanções, bem como a criação de novos tipos penais irão resolver ou ao menos minorar este problema. Para Juarez Santos (2007) a função simbólica do direito possui o objetivo de fornecer, apenas, à sociedade uma impressão de tranquilidade e segurança.

Nesse sentido, em algumas situações, nas quais ações criminosas ganham grande repercussão, gerando comoção e revolta na sociedade, o Estado - através do legislativo - formula novas leis penais, que torne aquela conduta um tipo penal ou que endureça a pena anteriormente fixada, sendo essa a forma de resposta do Estado, buscando atender a satisfação pública e os demasiados conflitos sociais.

O simbolismo penal atrofia a instrumentalidade objetiva e direta da norma legal e suas intervenções. As normas que visam a contenção e retração da criminalidade vem resguardadas por um discurso falacioso. Segundo Cleber Masson,

> o Direito Penal Simbólico diz respeito a uma política criminal, que vai além da aplicação do direito penal do inimigo, e sim, as próprias consequências do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Manifesta-se, desse modo, com o direito penal do terror, pelo qual se verifica uma inflação legislativa, que cria figuras penais desnecessárias ou, então, o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos determinados (2012, p. 11).

Pode-se afirmar que o Direito Penal simbólico, usualmente, se manifesta através de proposituras que visam se aproveitar do medo e da sensação de insegurança instaurada sobre a população. Nesse sentido, o objetivo do legislador não é a real tutela dos bens jurídicos atingidos pelo delito.

> Esse movimento de expansão do Direito Penal é favorecido, entre outros fatores, pela necessidade que o legislador possui em conseguir votos. Ao procurar os meios mais eficientes, vislumbrou no discurso incriminador um grande potencial para conseguir se eleger ou se reeleger. A população, alarmada pelo sentimento de insegurança, vê nos discursos incriminadores a solução fácil e rápida para o combate ao crime (GASPAROTO; ACOSTA, 2018, p. 122).

A função simbólica do Direito Penal, embora não seja prejudicial, quando supervalorizada, gera efeitos danosos à sociedade. A falsa sensação de tranquilidade e segurança transmitida à população, permite que o Estado deixe de agir de forma que realmente combata a criminalidade. Outro fator importante é a deslegitimação do Direito Penal, já que, a longo prazo, fica evidenciada a sua incapacidade de resolver a criminalidade, impossibilitando a proteção dos bens jurídicos.

Apesar dos efeitos danosos, é notável que, para o Estado, é preferível, criar leis e enrijecer penas a fazer investimentos essenciais, em programas estruturais de política social, que apenas obterão resultados após alguns anos. Além disso, esses investimentos não geram tanta visibilidade e engajamento eleitoral. Por fim, vale citar o fundamental pensamento de Francisco de Assis Toledo a respeito do tema:

> O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, frequentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras das estatísticas criminais, apesar do delírio legiferante de nossos dias (TOLEDO, 1994, p. 5).

A falsa aparência de fins instrumentais - alcançados pelas normas simbólicas, no final do século 20 - justificam a ligação do Direito Penal e o arcabouço jurídico brasileiro, aumentando a fé da sociedade nas normas. Nas sociedades pós- industriais, o Direito Penal era o principal meio de resolução de conflitos já que era considerada a forma mais exitosa.

Em suma, conforme será exposto, no decurso do presente trabalho, algumas normas se tornam eficazes através do simbolismo penal que a reveste, disseminando o temor na sociedade moderna, vinculados através dos meios de informação da cultura do medo e do terror. O sentimento de tranquilidade da sociedade é efêmero, pois o simbolismo das normas penais age paliativamente.

Assim, o presente trabalho, questionará como uma norma que tem em sua gênese o simbolismo penal, vislumbra a redução dos crimes de homicídio contra mulheres por motivações de gênero, através do agravamento da pena.

2.1 TUTELA DO DIREITO PENAL SOBRE A MULHER

Historicamente, a sociedade brasileira é marcada pela centralidade da figura masculina, reduzindo o papel da mulher ao âmbito doméstico, exigindo um modelo feminino que se encaixe nesse papel social.

O alicerce no qual a sociedade brasileira se estruturou, é o causador de um grave problema observado cotidianamente: o machismo enraizado, esse é considerado

mola propulsora para a ocorrência de inúmeros crimes que tem como alvo, via de regra, as mulheres, como a violência doméstica, o estupro, a importunação sexual, bem como o mais grave deles, o feminicídio.

Ao analisar a evolução histórica da legislação brasileira, observa-se a disparidade no que tange a tutela dos homens e das mulheres. Até 1822, no Brasil, vigoraram os modelos jurídicos importados Portugal, as chamadas Ordenações Filipinas, estas consistiam em uma consolidação de dispositivos, que versavam sobre normas penais e civis.

Nesse ordenamento, o homem poderia agredir a mulher/cônjuge, utilizando-se de pau ou pedra, assim como castigá-las, conforme o Livro V, Título 36, §1°. Também era permitido que o marido matasse a esposa, se a flagrasse cometendo adultério, além de poder puni-la se declarasse a mera suposição dessa prática. As Ordenações Filipinas foram parcialmente revogadas em 1830, quando entrou em vigor o novo Código Criminal.

Segundo Castro (2014), o código conservou as injustiças e desigualdades derivadas das Ordenações Filipinas, no entanto, é lícito ao marido castigar sua esposa para defender sua honra. Os crimes sexuais foram contemplados nessa legislação, porém, as penas eram aplicadas de acordo com o agente passivo, ou seja, se uma moça considerada “de família” fosse a vítima a punição para o delito era mais contundente, porém se a vítima fosse uma mulher vista socialmente como prostituta, a pena seria mais branda.

Em 1890, a abolição da escravatura incitou a criação de um novo código criminal, já que o anterior não se adequava a esse novo cenário. Porém, apesar das renovações, a desigualdade de gênero se manteve. Ora, a pena do crime de estupro era fixada com base em se a vítima era virgem, ou não virgem, para que dessa forma, fosse distinguindo as mulheres honestas das demais. Essa legislação vigorou até 1940.

Estabelecido o Estado Novo, viu-se necessário elaborar um novo Código Penal Brasileiro. Nesse período, surgia a “mulher moderna”, distanciando-se do modelo patriarcal e figurando uma ameaça à ordem de dominação masculina. As preocupações com mulheres que se distanciavam de seu destino tradicional repercutiram nas terminologias adotadas pelos legisladores penais, justificando a presença de termos como honra e virgindade no aparato jurídico penal. A tutela da virgindade através do Direito Penal novamente aponta a visão machista com que foi pensado o Código Penal

de 1940, bem como a proteção jurídica da mulher “honesta”. Apesar disso, esse ordenamento mostrou progresso, pois o cônjuge deixou de ter direito sobre o corpo da mulher, tornando possível que o estupro tenha como agente passivo a esposa e agente ativo o esposo.

Durante os séculos XIX e XX, as mulheres conquistaram alguns direitos, porém somente na década de 1980, por meio da luta feminina, ''Lobby do Batom'' (movimento que conferiu a ação e articulação feminina na Assembleia Constituinte de 1987/88), que a igualdade de gênero foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 foi essencial por legitimar a luta por direitos e pela proteção das mulheres. Guiado pelo princípio da igualdade, garante direitos e obrigações iguais entre homens e mulheres,

> 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:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Essa análise em perspectiva histórica é fundamental, pois possibilita uma melhor compreensão dos fundamentos da luta feminista, além de proporcionar a percepção de como a forma de tratamento dado às mulheres, no século XIX, e, grande parte do século XX, ainda é adotado nos dias de hoje, reduzindo as mulheres ao papel de guardiã da honra e dos bons costumes, além de exigir delas comportamentos considerados aceitáveis socialmente.

Diante dessa breve análise histórica, nota-se que o movimento feminista se mostrou fundamental para transformação do contexto e da realidade social no qual a mulher foi submetida. A luta pela ampliação dos direitos do gênero feminino é constante, além disso, o combate pela redução dos casos de violência doméstica, familiar e social contra as mulheres também é uma realidade da militância feminista.

Uma das conquistas da frente feminista, no país, foi a criação do Conselho da Condição da Mulher, em 1984, através desse conselho, a Carta Magna de 1988, trouxe em sua redação pontos relevantes para ampliação dos direitos sociais das mulheres frente à sociedade. Outra conquista fundamental foi alcançada a partir da assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, já que esse visa estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade

pessoal e moral, à educação, entre outros. Estas conquistas são essenciais para a pretensão de redução dos casos de feminicídio, pois através delas os problemas enfrentados pelas mulheres, como a discriminação e a violência receberam maior visibilidade, já que, muitas vezes, essas condutas são banalizadas e naturalizadas, não possibilitando o conhecimento real acerca de suas proporções. Conforme é corroborado por Rocha,

> essa violência doméstica é silenciosa, não porque o chicote não tenha feito barulho, mas porque o choro delas foi embargado. Porque elas, ou por medo ou por vergonha, continuam a não revelar tudo que se passa, e isso não é só numa classe social.(2010, P.15)

O pensamento masculino de superioridade, e de direito sobre o corpo e a vida da mulher é o legitimador da violência de gênero (intrinsecamente ligado à violência contra a mulher), usando da sua força com vistas a lesionar ou causar danos à mulher, para impor sua vontade e subjugar a figura feminina. Nessa perspectiva, a violência de gênero é passada de geração para geração, configurando modelos patriarcais de família, por isso tem se perpetuando nas relações, pois conforme destaca Rocha (2010, p. 5): "Nessa sociedade o que não vem descartável é a violência. Porque a marca dela não se retira com a facilidade com que ela entra".

2.2 LEI MARIA DA PENHA

O primeiro passo do legislador para o combate da violência contra as mulheres se deu a partir da edição da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, sua relevância se origina do contexto de sua formulação. A trajetória em busca de justiça - durante quase 20 anos - de Maria fez de Penha Maia Fernandes, um símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica, haja vista ter sido vítima de dupla tentativa de feminicídio cometida por seu então companheiro Marco Antônio Heredia, em 1983. Na primeira tentativa, foram realizados disparos de arma de fogo enquanto ela dormia, na segunda tentou eletrocutá-la, além das inúmeras agressões sofridas, que resultaram em lesões irreversíveis causando estado de paraplegia, além de, traumas psicológicos.

Mesmo após condenação pelo Tribunal do Júri, o agressor utilizou-se de sucessivos recursos para manter-se em liberdade, o que levou a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), recomendar ao Estado brasileiro, intensificar o combate à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

> a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais (CIDH, 2001).

O ordenamento jurídico brasileiro, conceitua violência como uso da força de forma intencional, que provoca danos a alguém. Como previsto na Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher pode ser moral, física, psicológica, sexual ou patrimonial

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> I- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
>
> III- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> V- a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL,2006).

Outro aspecto importante a ser analisado - dentro do contexto do conceito de violência - é se a expressão “violência contra as mulheres” se equipara à “violência de gênero”. Para os tribunais brasileiros, essas expressões são sinônimas, porém, vale

salientar que existem outras formas de violência de gênero, em que o sujeito passivo não é uma mulher. No entanto, conforme as jurisprudências, que para estar configurada a violência de gênero não basta apenas está presente a figura feminina e violência realizada no âmbito domiciliar, como também, deve estar presente a intenção de oprimir a mulher.

A 2° Câmara criminal do Tribunal de Justiça de Goiás (TJ-GO), julgou o recurso, corroborando esta afirmação acerca da violência de gênero:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS CONTRA MENOR IMPÚBERE. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NÃO CARACTERIZADA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, COMPETÊNCIA DE
> UMA DAS VARA CRIMINAIS. Para a caracterização da violência de gênero não é suficiente que o ato seja praticado contra uma mulher, numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, há necessidade de demonstrar a sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero e, em se tratando do ato de molestar sexualmente uma menor impúbere, não está caracterizado o dolo específico exigido para a aplicação da Lei Maria da Penha, qual seja, a opressão da mulher, mas sim, tem-se o dolo a se traduzir na satisfação da lascívia contra uma vítima que não poderia apresentar resistência (criança com três anos de idade). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL.TJ-GO - RSE: 656648220188090175, Relator: DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, Data de Julgamento: 25/10/2018,
> 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2629 de 19/11/2018).

A Lei Maria da Penha acarretou modificações na compreensão da violência contra as mulheres, sendo assim, esta não deve ser tratada de maneira isolada, como um problema apenas de justiça criminal, prever, portanto, a possibilidade de implantação de medidas de caráter preventivo e educacionais para coibir a violência e a discriminação baseado no gênero.

Embora, seja evidente a contribuição da Lei 11.340/06, a violência contra a mulher ainda se faz presente nas comunidades brasileiras, uma vez que, as medidas protetivas não alcançaram alguns lugares, bem como, por muitas mulheres ainda se manterem caladas, pelos mais diversos motivos. Conforme a citação extraída do Atlas da violência do IPEA:

> Nossos resultados indicaram que a lei cumpriu um papel relevante para conter a violência de gênero, ainda que sua efetividade não tenha se dado de maneira uniforme no país, uma vez que a sua eficácia depende da institucionalização de vários serviços protetivos nas localidades, que se deu de forma desigual no território (IPEA, 2015, p.5).

A Lei Maria da Penha trouxe em seu texto regras processuais para proteger a

mulher vítima de violência doméstica, porém não trouxe um rol de crimes em seu texto, sendo assim, a lei n° 11.340/2006 não punia o assassinato de mulheres em razão de gênero e discriminação. As medidas protetivas dessa lei poderão ser aplicadas à vítima de feminicídio na forma tentada.

Mantendo os olhos nesse cenário, o legislador compreendeu a necessidade de o Estado utilizar-se do direito penal para atender o clamor da sociedade, estarrecida pelo alto índice de homicídios de mulheres em razão de discriminação e gênero. Esse foi a mola propulsora para a criação do crime de Feminicídio.

2.3 A LEI DO FEMINICÍDIO E SUAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Conforme supramencionado, a criação do crime de feminicídio decorreu da pressão da sociedade para que o Estado criasse um tipo penal incriminador mais severo.

Por feminicídio entende-se:

> é o homicídio doloso praticado contra a mulher por "razões da condição de sexo feminino", ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino (ORTEGA 2016, p.1).

O legislador brasileiro instituiu o Feminicídio através de alterações realizadas ao Art. 121 Código Penal por meio da Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Nesse sentindo, tal conduta criminosa passou a fazer parte das qualificadoras do crime de homicídio, além de ser enquadrada no rol de crimes hediondos, tal qual o estupro, latrocínio, entre outros. A pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão.

Insta salientar, que o Feminicídio não pode ser equiparado ao Femicídio, enquanto esta consiste na ação de assassinar uma mulher, aquela é caracterizada quando a vida da mulher é ceifada por circunstâncias específicas no qual o pertencimento da mulher ao sexo feminino é a principal motivação.

Assim, se caracteriza o feminicídio, conforme o art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal,

> Homicídio qualificado
> §2° Se o homicídio é cometido:
> I- contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. (BRASIL,2015)

A expressão " razões da condição de sexo feminino" é explicitada por meio do §2-A:

> §2°- A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
> I - violência doméstica e familiar;
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.
> (BRASIL,2015)

O inciso I, do § 2º- A, do art. 121, do Código Penal, se refere sobre a violência doméstica e familiar, que se encontra conceituado no art. 5º, da Lei Maria da Penha

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2006).

A modalidade do feminicídio traz, ainda, hipóteses de aumento de pena:

> § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado
> I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
> II – contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
> III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, 2015).

Essa qualificadora possui natureza subjetiva, visto que diz respeito ao agente e motivação do crime, ocorrendo pelo sentimento de posse ou anulação da vontade feminina. Para parte da doutrina, a motivação do crime de feminicídio é considerada motivo torpe, nesse sentido, os autores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, aduzem que:

> Antes da Lei 13.104/2015, esta forma do crime já qualificava o homicídio, mas pela torpeza (...). A mudança, portanto, foi meramente tipográfica, migrando o

> comportamento delituoso do art. 121, § 2º, I, para o mesmo parágrafo, mas no inc. VI. A virtude dessa alteração está na simbologia, isto é, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino. (CUNHA; PINTO, 2015, p.80)

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 433.898 – RS (Inf. nº 625/01/06/2018) entendeu que "não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de Feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar".

A doutrina costuma dividir o Feminicídio em íntimo, não íntimo e por conexão. Conforme Greco (2015) o íntimo, é a tipologia mais recorrente, nela, o crime é realizado pelo companheiro, com o qual a mulher mantém ou manteve algum tipo de convivência conjugal, extraconjugal ou familiar, nesse sentido esposo, namorado, pai e irmão podem ser autores do crime.

O não íntimo ocorre quando o autor do crime e a vítima não possuem qualquer relação conjugal e familiar, ou seja, quando o sujeito ativo do crime é um vizinho, amigo, cliente (no caso de assassinato de trabalhadoras sexuais) ou até mesmo um desconhecido. O Feminicídio por conexão ocorre quando o homem na intenção de cometer o crime contra determinada mulher, comete *aberratio ictus*, e acaba finando a vida de terceira.

O Ministério Público do Estado de São Paulo realizou um levantamento com o objetivo de verificar se a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015) estava sendo aplicada na fase inicial do processo, e, analisar as circunstâncias do crime, com base em 364 denúncias sobre mortes violentas de mulheres.

Segundo os dados fornecidos pelo Raio X do Feminicídio em SP: é possível evitar a morte (MPSP,2018), dentre os casos estudados 240 tratam de Feminicídio íntimo, cometido por namorados, maridos e amantes, tendo como principal motivação o inconformismo com a separação, além disso, ciúmes, sentimento de posse e machismo também aparecem como motivações dos casos analisados.

Nesse cenário, a tipificação penal do feminicídio é uma ferramenta essencial para denunciar a violência sistêmica contra as mulheres nas relações conjugais.

2.4 O SUJEITO PASSIVO E A DISCORDÂNCIA DOUTRINÁRIA

A Lei 13.104/2015 afirma que para que o crime de Feminicídio seja concretizado, o sujeito passivo, ou seja, a vítima seja uma mulher e que o crime tenha sido motivado por razões do sexo feminino. Nesse sentido, há discussão doutrinária acerca de quem pode ser considerada mulher para fins de reconhecimento de sujeito passivo do crime.

Alguns doutrinadores, definem mulher a partir da morfologia, ou seja, mulher é aquela que nasceu com o sistema reprodutor e genitália feminina, portanto, para os mais conservadores, as mulheres transexuais, mesmos as que passaram pela cirurgia de redesignação sexual, não são mulheres, pois a cirurgia altera apenas a estética e não a concepção genética, sendo assim os transexuais não poderiam ser vítimas de Feminicídio.

Segundo o critério adotado pela maior parte dos juristas, bem como jurisprudência, a mulher é reconhecida por meio de um registro oficial, como certidão de nascimento, identidade. Nos casos das mulheres transexuais, elas poderiam ser sujeito passivo desse crime, se houvesse alteração em seu registro de nascimento, ou seja, presume-se que por não se reconhecer como homem, a mulher transexual, ajuizaria uma ação judicial, para que seus documentos constem a mudança de gênero, e ela passe a ser civilmente mulher, incidindo também sobre ela a lei penal, para todos os efeitos.

> A 3° Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios permaneceu, por unanimidade, a decisão do juiz-presidente do Tribunal do Júri de Taguatinga, que recebeu a denúncia do Ministério Público contra dois acusados, em que praticaram a tentativa de feminicídio contra uma mulher transexual.(TJDF,2019)

Vale salientar que em uma relação homoafetiva entre duas mulheres, poderá haver crime de feminicídio, desde que o crime tenha sido motivado pelas razões previstas em lei. Esse tipo penal, é um crime comum, portanto poderá ter como sujeito ativo qualquer pessoa, inclusive outra mulher.

2.4 O FEMINICÍDIO COMO SUPOSTA EXPRESSÃO DO SIMBOLISMO PENAL

A tipificação do feminicídio foi criada como forma de amenizar a violência contra a mulher. Contudo, não foi suficiente para resolver um problema social tão amplo e de

difícil resolução, que está relacionado ao sistema patriarcal e o machismo enraizado na sociedade brasileira. Sendo assim, a criação de normas imediatistas, é a ferramenta utilizada pelo legislador, para atender o clamor social, contribuindo para a função simbólica do Direito Penal.

Dados estatísticos, disponibilizados pelo Fórum brasileiro de Segurança Pública apontam que em 2020 - cinco anos após a vigência da Lei de 13.104/ 2015, - 1.350 casos de feminicídio foram registrados, ou seja, a cada seis horas e meia, uma mulher foi assassinada no Brasil, por razões de gênero. Esse número é 0,7% maior quando comparado com o ano anterior. É necessário destacar também que 81,5% desses crimes foram tiveram como sujeito ativo companheiros ou ex-companheiros.

Nessa perspectiva, observa-se que a criação desse diploma penal é uma tentativa de tornar visível a ocorrência do homicídio contra a mulher, motivado por razões de sexo feminino. As alterações legais oriundas da lei do Feminicídio não mudaram a substância e as consequências penais ao infrator, tendo em consideração que já existia a incidência de qualificadora por motivo torpe.

Dessa forma, nota-se que essa alteração só reforça o caráter mais simbólico do que instrumental da norma, já que não representou, de fato, aumento no rigor punitivo, assim como não apresentou nenhuma política pública preventiva capaz de mudar o pensamento da sociedade acerca da igualdade de gênero.

3 CONCLUSÃO

A tipificação do feminicídio, através da lei 13.104/2015, representa um grande passo na luta pela igualdade de gênero e combate ao patriarcado. É necessário destacar que não foi incluído ao Código Penal um novo crime, e sim, foi adicionado ao Art. 121, que trata sobre homicídio (matar alguém), uma nova qualificadora (caso de aumento de pena).

Nesse sentido, o homicídio qualificado por feminicídio, concretiza-se quando uma mulher é assassinada por razões de sexo feminino e o sujeito ativo dessa conduta será condenado de 12 a 30 anos de reclusão.

O feminicídio é a ponta do iceberg, por muitas vezes, essas mortes são anunciadas e por meio de políticas de prevenção mais concretas poderiam ser evitadas. A fiscalização de medidas protetivas contra os agressores, a conscientização e

desconstrução do machismo, visto que em muitos casos a motivação do crime é o sentimento de posse do homem sobra a mulher são essenciais no combate à violência.

A criação de um canal de denúncia online, inspirado em países como Chile e França, seria de grande relevância e êxito. No site, as vítimas poderiam conversar com autoridades policiais, que estariam disponíveis por 24 horas, e assim realizar sua denúncia de forma mais segura, além de conter um botão de emergência, no qual a vítima poderia apertar e encerrar automaticamente a página no momento necessário, sem deixar registros no histórico do equipamento utilizado. Essa plataforma contaria com sistema de geolocalização, e assim enviaria viaturas para o local imediatamente, atuando de forma preventiva.

Nesse sentido, mesmo após a vigência da lei, observou-se que o número de mulheres assassinadas por discriminação e violência familiar permaneceu elevado até os dias atuais, ou seja, não foi possível verificar nenhum incremento significativo no combate aos crimes contra as mulheres. A ineficácia dessa norma se dá pela utilização do simbolismo penal, comprovando a supremacia penalista e o inchaço nos dispositivos penais.

O simbolismo penal ocorre quando o legislativo cria leis, tornando criminosas as condutas que geraram grande repercussão social, a fim de dar a sociedade uma falsa sensação de segurança, evidenciando seu caráter simbólico e ilegítimo. As mudanças - no que diz respeito ao reflexo da norma na sociedade - só serão alcançadas a partir da implantação de políticas públicas adequadas para coibi-la e atuar de modo preventivo.

Dessa forma, os resultados dessa pesquisa respondem a problemática inicial, demonstrando que a participação do Direito Penal é importante, porém são as políticas públicas aquelas que são capazes de promover o efeito necessário. O Direito penal deve ser instrumento de garantias legítimas por parte do Estado Democrático de direito, respeitando os princípios constitucionais. Nomear e definir o problema é um passo importante, no entanto, é fundamental conhecer suas características e, assim, implementar ações efetivas de prevenção.

O governo federal disponibiliza a Central De Atendimento à mulher, canal de escuta e acolhida qualificada às mulheres em situação de violência. A ligação é gratuita e o canal está disponível 24 horas por dia, através do telefone 180, qualquer mulher em situação de violência, bem como qualquer testemunha, tem o dever de denunciar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia da Silva. **O movimento feminista e o feminicídio como reflexo do direito penal simbólico**. UFPR. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/ . Acesso em: 03 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.ht Acesso em: 03 de setembro de 2021.

____. **Lei 13.104 de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto - Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L12104.htm. Acesso em: 08 de setembro de 2021.

___. **Lei nº 11.340, 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/ato_2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 07 de setembro de 2021.

_____. **Raixo X do Feminicìdio em SP: é possível evitar morte**. Ministério Público de São Paulo, 2018. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/raio-x-do- feminicidio-em-sp-e-possivel-evitar-morte-mpsp-2018/ Acesso em: 02 de novembro de 2021.

_____. **TJDF entende que feminicídio deve alcançar mulheres transgêneros.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2019. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que- delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros Acesso em: 03 de novembro de 2021.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 4, São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Regina Andrade Barreto. **Direito Penal e Simbolismo**. 05 de março de 2013. Disponível em:https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34062/direito-penal-e-simbolismo. Acesso em: 05 de setembro de 2021.

CONCEIÇÃO, Eloisa Botelho da Silveira. **Feminicídio no Brasil**. Apucarana. 2015. Disponível em: <http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-

14-14974728811632.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

FRIZONI, Fernanda Gonçalves Corrêa. **Lei do Feminicídio (Lei N° 13.104/2015): Instrumento do Simbolismo Penal no combate à violência contra a mulher e sua ineficácia.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de janeiro, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/pdf/FernandaGoncalvesFrizoni.pdf Acesso em: 03 de setembro de 2021.

FUZIGER, Rodrigo José. As faces de Jano: **O Simbolismo no Direito Penal**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP. 04/11/2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27102016-094544/pt-br.php Acesso em: 05 set. 2021.

GASPAROTO, Carlos Henrique; ACOSTA, Leonardo Machado. **A influência do Direito Penal Simbólico no surgimento dos sistemas penais paralelos e subterrâneos**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, n. 1, p.119-147, jun. 2018. Disponível em: https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/558/pdf Acesso em: 08 set. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral, volume 1: introdução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICAQ APLICADA–IPEA. Analisando a efetividade da Lei Maria da Penha. Brasília. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf Acesso em: 09 set. 2021

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático.** Escola Superior de Advocacia de Pernambuco. 01 set. 2021. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-simbolico-criacao-de-leis-mais-rigorosas-diante-do-clamor-social-e-midiatico/. Acesso em: 05 set. 2021.

LUCAS, Maria Eduarda Correa. **O Feminicídio no estado do Maranhão: o simbolismo da norma penal e a ausências de políticas públicas como facilitadores para prática do crime.** São Luís, 2020. Disponível em: http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/432/1/MARIA%20EDUARDA%20CORREA%20LUCAS.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

MACHADO, Isadora Machado; ELIAS, Maria Ligia G. G. **Feminicídio em cena: Da dimensão simbólica à política.** Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ts/a/JXYftZgQZYr645Xrwc79Jvh/?lang=pt Acesso em: 05 set. 2021.

MARQUES, Daniel Wollz; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Política Criminal: o Feminicídio e o Direito Penal Simbólico.** Produção científica CEJURPS – Itajaí: Ed. Da Universidade de vale do Itajaí, 2015. p. 587/596. Disponível em: https://danewmarques.jusbrasil.com.br/artigos/240740977/politica-criminal-o-feminicidio-e-o-direito-penal-simbolico. Acesso em: 27 out, 2021

MASSON, Cleber**. Direito penal: parte especial:** arts. 121 a 122. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; MATTOSINHO, Francisco Antônio Nieri. **A Lei n° 13.104/2015 (Feminicídio): Simbolismo penal ou uma questão de Direitos Humanos?** Revista de Direitos Humanos em perspectiva. Minas Gerais, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme. **Violência Urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed., Editora Saraiva, 2003.

ROCHA, C. L. A. **O direito a uma vida sem violência.** In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Novas hipóteses de criminalização**. Instituto de criminologia e política criminal, Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, BA, em 13 de nov. de 2002. Disponível em: http://icpc.org.br/wpJcontent/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: RT, 2006.

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA MÃE POR OMISSÃO EM CASO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ENQUANTO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Calinne Carla Aguiar Silva[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

A violência doméstica e familiar é uma realidade presente na sociedade brasileira e tal fato decorre do inconformismo no rompimento da noção simbólica de que o poder cabe exclusivamente ao homem. Diante dessa situação, verifica-se que o enraizamento cultural de estereótipos e discriminações de gênero decorrente do processo histórico vivenciado imputam à mulher um dever de cuidado materno, assim como promove uma cultura de descredibilizar a palavra da mulher nos casos de violência. Assim, a presente pesquisa visa analisar responsabilização materna por omissão em casos de estupro de vulnerável enquanto vítima de violência doméstica e familiar sob as seguintes ópticas: verificar a violência simbólica e a relação de poder existente na sociedade brasileira relacionada a desigualdade de gênero; realizar uma análise da Lei Maria da Penha e o seu impacto na atual ordem jurídica; e examinar os desdobramentos do crime omissivo impróprio frente ao crime de estupro de vulnerável e ao dever de cuidado materno. Em virtude da pesquisa realizada, obteve-se os seguintes apontamentos, dentre outros: a identificação da situação de vulnerabilidade da mulher diante do reconhecimento, pela Lei Maria da Penha, da existência de uma pluralidade de formas de cometimento da violência em contraponto a prática forense na qual a genitora sofre revitimização ao tentar promover a denúncia de ambos os crimes sofridos, a violência doméstica e familiar e o crime de estupro de vulnerável contra a prole.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: Calinne.direito@gmail.com.
[2] Professor Mestre Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI- RN). E-mail: jbmb@uol.com.br

Palavras-chave: Desigualdade de gênero. Violência doméstica e familiar. Estupro por omissão. Responsabilização materna.

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE MOTHER FOR OMISSION IN CASE OF VULNERABLE RAPE AS A VICTIM OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE

ABSTRACT

Domestic and family violence is a reality present in Brazilian society and this fact stems from the non-conformity in breaking the symbolic notion that power belongs exclusively to men. Given this situation, it appears that the cultural entrenchment of gender stereotypes and discrimination resulting from the historical process experienced imposes on women a duty of maternal care, as well as promoting a culture of discrediting the women's words in cases of violence. Thus, this research aims to analyze maternal responsibility for omission in cases of rape of a vulnerable person as a victim of domestic and family violence under the following perspectives: to verify the symbolic violence and the power relationship existing in Brazilian society related to gender inequality; conduct an analysis of the Maria da Penha Law and its impact on the current legal order; and examine the consequences of the crime of inappropriate omission in relation to the crime of rape of the vulnerable and the duty of maternal care. Due to the research carried out, the following points were obtained, among others: the identification of the situation of vulnerability of women in view of the recognition, by the Maria da Penha Law, of the existence of a plurality of forms of committing violence in counterpoint to forensic practice in which the mother suffers revictimization when trying to promote the denunciation of both crimes suffered, domestic and family violence and the crime of rape of vulnerable against offspring.

Keywords: Gender inequality. Domestic and family violence. Rape by default. Maternal accountability.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é uma realidade fática presente em grande

parte da sociedade brasileira, decorrente, muitas vezes, do enraizamento cultural de estereótipos e discriminações de gênero criados pelos complexos processos históricos vivenciados no país.

Entre os diversos aspectos que ilustram essa desigualdade, deve ser dado destaque a chamada sociedade patriarcal[3], pois esta ainda gera reflexos até os dias atuais, perpetuando uma lei simbólica de que o poder cabe ao homem, sendo esses comandos constantemente naturalizados.

Apesar disso, é válido destacar que, ao longo dos anos, o país vivenciou e vivencia diversas lutas contra as imposições de gênero, promovendo reivindicações que resultaram em conquistas de direitos em prol do gênero feminino.

Nessa perspectiva, destaca-se o surgimento da Lei 11.340/2006, denominada de Lei Maria da Penha, aspecto que será abordado posteriormente. A criação dessa Lei ocorreu com o intuito de prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desta feita, deve ser garantido uma proteção integral à mulher na situação de violência doméstica e familiar, independente da forma de violência vivenciada, seja ela física, psicológica, moral, sexual ou patrimonial, sendo esse o seu principal fundamento.

Em razão disso, a Lei Maria da Penha consagra a existência de uma vulnerabilidade (absolutamente) presumida da mulher, enquanto vítima da violência doméstica e familiar, o que não equivale à alegação de que essa seria um agente incapaz.

Noutro bordo, o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, prevê a responsabilização penal àquele que tem conjunção carnal ou pratica ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos.

Quanto a este crime, é possível a ocorrência da responsabilização por omissão[4], desde que o agente omitente seja o garante. Em outras palavras, que este se trate de pessoa que possui a obrigação de cuidado, proteção e vigilância, no presente caso, materializado na figura materna.

Para tanto, faz-se necessário, segundo preceitua o doutrinador BITENCOURT

[3] O termo sociedade patriarcal é utilizado para referenciar uma estrutura de poder que insere as mulheres em um patamar inferior ao homem em todas as áreas da vivência humana, trata-se, em suma, da existência de relações de poder e domínio dos homens sobre as mulheres (ANANTHASWAMY e DOUGLAS, 2018).

[4] A responsabilidade por omissão nada mais é do que o enquadramento no tipo penal de crime omissivo impróprio, também denominado de crime comissivo por omissão, sua previsão se encontra no art. 13, §2 do CP (BRASIL, 1990).

(2013), que estejam presentes, concomitantemente, três requisitos, poder de agir, evitabilidade do resultado e o dever de impedir o resultado.

Diante desses aspectos, evidencia-se a presente problemática, a saber, qual a responsabilização penal da mãe por omissão nos casos de estupro de vulnerável enquanto vítima de violência doméstica e familiar?

Portanto, a principal necessidade de abordar o tema em questão[5] é para analisar a situação de vulnerabilidade presumida da genitora, uma vez que inserida no contexto de violência doméstica e familiar, frente as suas condições em denunciar o crime de estupro de vulnerável cometido contra a sua prole.

Em especial, considerando a possibilidade desta genitora estar inserida no chamado Ciclo de Violência, o qual virá a ser posteriormente explanado, somado ao histórico dever de cuidado da mãe e as questões de gênero que assolam a sociedade brasileira.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivos verificar a violência simbólica e a relação de poder existente na sociedade brasileira, relacionada a desigualdade de gênero, abordar os tipos de violência doméstica e familiar e as suas consequências e, por fim, examinar a responsabilização por omissão no estupro de vulnerável relacionado ao dever de cuidado materno.

Para o fim almejado, a abordagem ocorreu de acordo com uma análise histórico-comparativa, posto que foi verificada a perspectiva histórica de reivindicações de igualdade de gêneros e busca por proteções sociais, destacando- se a criação da Lei Maria da Penha, em contraponto a manutenção de determinados aspectos preconceituosos relacionados ao gênero feminino.Ainda, utilizou-se do método de abordagem indutivo, visto que se partiu de uma análise de fenômenos particulares e intrínsecos ao tema até o aspecto mais geral com relação a vivência da violência doméstica e familiar.

Assim, para melhor desenvolver a pesquisa, empregou-se técnicas de pesquisas bibliográficas, documentais, legislativas e de consulta de dados, destacando-se a tese de doutorado a Masculinidade no Banco dos Réus e o livro Princípios da Lei Maria da penha da Promotora de Justiça Érica Canuto.

Por fim, o presente trabalho é encerrado com uma análise crítica da

[5] "A Responsabilização Penal da Mãe Por Omissão em Caso de Estupro de Vulnerável Enquanto Vítima de Violência Doméstica e Familiar"

problemática apresentada, sendo desenvolvidas alternativas a respeito da responsabilização penal da genitora.

2 RELAÇÕES DE PODER E PAPÉIS DE GÊNERO

Inicialmente, faz-se necessário realizar a distinção entre gênero e o sexo. O sexo compreende a diferença biológica entre o homem e a mulher, enquanto que gênero é uma construção social responsável por distinguir a prática dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens, ou seja, é uma forma de categorizar os indivíduos (SCOTT, 1995).

Portanto, observa-se que, para além das diferenças biológicas, a socialização trata de exaltar as diferenças existentes, criando uma expectativa de gênero, na qual passa a ser imposto às mulheres as formas como essas devem se portar, ao invés de reconhecer como elas são.

Neste diapasão, a cultura existente, ainda assolada por grandes desigualdades de gênero, promove a manutenção de uma violência institucional fundada na superioridade masculina, cuja convicções muitas vezes não são efetivamente refletidas.

Nesse sentido, observa-se a perpetuação da chamada sociedade patriarcal que é o sistema em que o homem se encontra na base estrutural da sociedade e a partir dele que toda a sociedade é moldada e desenvolvida.

Assim, mantém-se a reprodução do entendimento clichê de que a educação das meninas deve ser voltada para o lar enquanto que ao homem cabe o dever de prover a residência. Em razão dessa configuração, como aponta a autora SCOTT (1995), o gênero é a primeira forma de relação de poder.

Além disso, essa ideologia dominante, por meio de seu discurso construído e velado, que mantém as desigualdades de gênero e propaga o sexismo, também é reproduzida, inclusive, na forma de criação das meninas na sociedade.

Assim, percebe-se, por exemplo, que parte das mulheres ao vivenciarem o processo de socialização aprendem a sentir vergonha da condição feminina, situação a qual culmina no desenvolvimento de mulheres que possuem dificuldades de externalizar os seus desejos e vontades.

Nesse viés, até mesmo o processo de se reconhecer uma mulher feminista, ou seja, de ser uma pessoa que acredita na igualdade social, política e econômica entre os

sexos (ADICHIE, 2014), possui um peso negativo, sendo, portanto, um conceito que também é limitado por diversos estereótipos.

O feminismo é taxado e reduzido à compreensão de que mulheres feministas possuem uma conotação de ódio ao gênero masculino, sendo mulheres que não gostam de homens e que rejeitam a feminilidade e, em razão disso, não se depilam, usam salto ou maquiagem.

Entretanto, esse movimento nada mais é do que a busca pela equidade de gênero com o fim de libertar e emancipar todas as mulheres, ser feminista é ter direito a igualdade e a escolha. Assim, conforme apontado pela ativista norte-americana MARIE SHEAR (1986) "feminismo é a ideia radical de que as mulheres são gente".

Observa-se que até para promover a sua própria luta por igualdade a mulher sofre com diversas formas de preconceito, onde causa estranheza às mulheres que se impõe, as quais são taxadas popularmente de "mimizentas".

Há de se perceber que tais comandos recebidos decorrem de valores culturais e não de um aspecto natural inerente ao ser humano, portanto, embora a cultura exista para preservar e dar continuidade a um povo, esta não é imutável, mas sim um produto do próprio povo. Neste diapasão, a autora ADICHIE (2014, p.57) brilhantemente pontuou que: "a cultura não faz não faz as pessoas, as pessoas fazem a cultura".

Nesse sentido, ao longo dos anos, as mulheres estão em uma constante luta contra as imposições, realizando diversas reivindicações para que seus direitos possam ser estabelecidos e resguardados.

A luta para garantia desses direitos tem como um marco inicial a busca pela instituição do sufrágio universal. Embora naquela época não se utilizava o termo feminismo, ao perquirir a igualdade do voto às mulheres, nada mais estava fazendo do que dar início a esse movimento.

Já naquele período, assim como ocorre atualmente com a luta feminista, tentava-se deslegitimar e desqualificar a luta das mulheres, conforme pode ser observado nas figuras 1 e 2 que representam cartazes divulgados à época.

Figura 1 - Sufragistas que nunca foram beijadas, diz a frase da charge.



Fonte: UOL, 2017.

Figura 2 - Ninguém me ama - acho que vou me tornar uma sufragista, diz a frase da charge.



Fonte: UOL, 2017.

A pauta sobre o direito ao voto foi trazida, pela primeira vez em 1848, quando Elizabeth Cady Stanton[6] e Lucretia Mott[7] convocaram a Womens's Rigths Convention[8] em Seneca Falls, Nova York, denominada de Seneca Falls Convention[9] (LUMEN LEARNING |2012 e 2021|).

Nessa convenção foi redigida a Declaration of Sentiments[10], ocasião em que foi reconhecido a igualdade entre homens e mulheres e que, em razão disso, o direito ao voto deveria ser atribuído a todos, independente do gênero (LUMEN LEARNING |2012 e 2021|).

Ao longo dos anos, as mulheres continuaram realizando ativamente diversas

[6] Elizabeth Cady Stanton foi uma das líderes do movimento feminista (LUMEN LEARNING |2012 e 2021|).
[7] Lucretia Mott era uma ativista/abolicionista americana (LUMEN LEARNING |2012 e 2021|).
[8] Convenção sobre direitos humanos
[9] Convenção de Seneca Falls (Tradução própria).
[10] Declaração de Sentimento (Tradução própria).

campanhas, sendo formada a National Woman Suffrage Association (NWSA)[11], responsável por exigir que a Constituição Americana fosse emendada para conceder o voto às mulheres, e a American Woman Suffrage Association[12] (AWSA), unificadas em 1890, a fim de formar a National American Woman Suffrage Association[13] (NAWSA) (LUMEN LEARNING |2012 e 2021|).

Após 40 anos, em 1920, finalmente, aprovou-se a 19ª Emenda concedendo às mulheres o direito ao voto, direito que só foi reconhecido no Brasil em 1932 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020). Apesar disso, embora tenha ocorrido a garantia do direito ao voto, ainda existiam várias discriminações sofridas pelas mulheres em inúmeros ramos de suas vidas, inclusive, com respaldo de previsões legais, a exemplo do Código Civil de 1916, que estabelecia o homem na qualidade de chefe de família e atribuía à mulher a conotação de "relativamente incapaz".

Em meados da década de 1960, avançando nas transformações sociais, ocorreu a segunda onda na luta contra discriminação, momento em que foram reconhecidos vários direitos, sendo aprovado nos Estado Unidos da América, por exemplo, o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, o qual proibia a discriminação no emprego com base no gênero (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, |200-?/|). Consecutivamente, a terceira onda do feminismo ocorreu na década de 1990 (COUNCIL OF EUROPE PORTAL, |200-?/|), com preocupações referentes ao assédio sexual, violência doméstica, direito sexuais e reprodutivos, além de outras garantias.

Nesse período, no cenário nacional, dá-se destaque aos movimentos feministas que passaram a ser denominado de Lobby do Batom, consistindo em uma aliança suprapartidária entre mulheres, para garantir uma maior representação feminina na política, com o objetivo de alcançar direitos, como a licença-maternidade de 120 dias, igualdade de direitos e de salários entre homens e mulheres e mecanismos para coibir a violência doméstica. (ESTER MONTEIRO, 2018)

A partir desse movimento foi conquistado constitucionalmente a igualdade jurídica entre os homens e as mulheres, inclusive, prevendo-se a necessidade do Estado criar mecanismos para coibir a violência doméstica, conforme pode ser observado no art. 226, §8 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, a partir dessa gama de movimentos feministas, é possível extrair que

[11] Associação Nacional de Sufrágio Feminino (Tradução própria).
[12] Associação de Sufrágio Feminino Americano (Tradução própria).
[13] Associação Nacional Americana de Sufrágio Feminino (Tradução própria).

um determinado papel de igualdade às mulheres passou a ser logrado, inclusive no âmbito familiar, conforme previsão constitucional.

Nesse sentido, cumpre-se destacar que foi a partir do feminismo que se alcançaram avanços protetivos presentes na legislação brasileira, como o endurecimento na norma do crime de estupro no ano de 2009, passando a espécie legal a abarcar qualquer ato de sentido sexual sem o consentimento, ao incluir os casos de feminicídio como agravante do crime de homicídio. Em caráter contributivo, há também a declaração de inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no presente ano de 2021.

Além disso, diante do cenário em que a violência contra as mulheres continua e permanece representando um verdadeiro obstáculo para alcançar essa igualdade entre gêneros, outra importante conquista alcançada foi a instituição de uma lei própria para buscar coibir a violência no âmbito doméstico, que foi a Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 –, esta será abordada um pouco mais no tópico posterior.

A criação dessa Lei e os diversos direitos já conquistados pelas mulheres são de extrema importância para alcançar a igualdade substantiva, embora ainda exista um longo caminho a ser traçado, até mesmo, porque, como discorreu a autora MARCIA TIBURI (2020), abraçar a bandeira feminista não é fácil e não vai trazer, necessariamente, mais felicidade, pois ela gera a consciência sobre os impactos do machismo no dia a dia. Na verdade, o esforço feminista tem a ver com libertação, o que nem sempre é um caminho mais fácil.

Em contrapartida, a partir do momento em que se quebra o paradigma, no qual ainda prevalece a noção simbólica da mulher com o predicado de propriedade do homem, desperta-se um inconformismo nos que não compactuam com tal igualdade, resultando, assim, na violência de gênero.

Nesse aspecto, MARIA BERENICE DIAS (2019) pontuou que a violência de gênero surge como uma forma de compensar possíveis falhas no cumprimento do que seria considerado o ideal do papel de gênero.

Com efeito, define-se como violência de gênero todo o preconceito que possui como motivação a opressão a mulher, ou seja, trata-se da violência pautada na discriminação quanto ao sexo feminino (SANCHES, 2021). Nesse contexto, faz-se necessário analisar a principal Lei responsável por coibir uma das formas de violência de gênero que é a Violência Doméstica e Familiar.

3 UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA E O SEU IMPACTO NA ATUAL ORDEM JURÍDICA

A Lei 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, foi instituída para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, criando medidas de proteção e assistência às mulheres nessa situação.

A nomeação da Lei decorre da história de Maria da Penha Fernandes, uma farmacêutica bioquímica casada com o colombiano Marco Antônio Heredia Viveros. Tal relacionamento foi marcado por um constante medo e ações violentas provocadas pelo cônjuge, associadas a uma postura de arrependimento e comportamentos de carinho, configurando o chamado ciclo de violência.

O ciclo de violência doméstica e familiar foi identificado pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, ao reconhecer um padrão comportamental assinalado pela repetição de determinadas características relacionadas especificamente com a violência contra a mulher, compostas por 3 fases: aumento de tensão, ato de violência e arrependimento (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018b)[14].

O primeiro estágio do ciclo dá-se com o aumento da tensão decorrente da irritabilidade oriunda de situações insignificantes e acessos de raiva. A postura inicial culmina na segunda fase, constituída no ato de violência propriamente dito, marcado pela exteriorização da tensão do agressor previamente acumulada, a qual é materializada em uma das formas de hostilidade: verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial. Geralmente, nessa fase, a mulher pode ter tanto uma falta de reação, quanto se distanciar do agressor.

Já na terceira e última fase, também denominada de fase de lua de mel, existe o comportamento carinhoso, onde o agressor demonstra-se arrependido e, com um comportamento romântico, busca a reconciliação.

Reportando-se novamente ao caso de Maria da Penha, esta foi vítima no ano de 1983 de uma tentativa de duplo homicídio pelo seu então marido. No primeiro momento, ela foi baleada nas costas enquanto dormia, resultando em uma paraplegia, e, na segunda ocasião, foi mantida em cárcere privado, tendo o seu agressor buscado eletrocutá-la durante o banho.

[14] O ciclo de violência foi identificado pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, por meio do reconhecimento de uma série de repetições de determinadas caraterísticas, em conjuntura de situação de violência contra a mulher. (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018b).

Um ano após, as denúncias foram oferecidas ao Ministério Público, restando o primeiro julgamento, em 1991, anulado e o segundo, ocorrido no ano de 1996, resultando em uma pena de 10 anos e seis meses de prisão, a qual também não foi cumprida, sob o fundamento de irregularidades, só verificando-se efetivamente a prisão mais de 19 anos após a ocorrência da agressão. Demais disso, insta salientar que o agressor cumpriu apenas dois anos de cárcere, antes de ser posto em liberdade. Diante desse cenário, o Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/OEA) pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Entretanto, mesmo diante da repercussão internacional do caso, o Estado brasileiro permaneceu adotando uma postura omissa. Assim, no ano de 2001, o Brasil foi responsabilizado por pela omissão, negligência e tolerância diante da situação de violência doméstica e familiar (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018a).

A partir de então, com as várias recomendações feitas pelo CIDH, buscaram- se medidas legais, objetivando garantir uma maior proteção para as mulheres. Nesse sentido, em 2002, desenvolveu-se um Consórcio de ONGs Feministas[15], voltado a produzir uma lei que buscasse coibir a violência doméstica e familiar (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018a).

Dessa forma, elaborou-se o Projeto de Lei nº 4.559/2004, o qual foi aprovado pelas duas casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, e sancionado pelo então Presidente Luiz Inácio, no dia 7 de agosto de 2006, resultando na publicação da Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha, conforme requisitado pela CIDH, é responsável por prevê medidas protetivas, assegurando uma proteção integral da mulher em situação de violência doméstica e familiar, com o intuito de compensar e reparar uma discriminação histórica de proteção estatal insuficiente e de insensata hegemonia do poder masculino.

Ainda, essa Lei promove um importante avanço na luta pela repressão da prática da violência doméstica, posto que é responsável por evidenciar outras formas

[15] Dentre outras ONG's o Consórcio de ONGs Feministas era composto pelo: Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI); Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR). (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

de violência que não se manifesta apenas na modalidade física, contexto que também auxilia a identificação, inclusive pelo Estado, da inserção ou da presença da mulher no ciclo de violência.

Na perspectiva ampliada, a lei prevê os seguintes tipos de violência: (I) física, (II) psicológica, (III) sexual, (IV) patrimonial e (V) moral.

(I) A violência física é caracterizada pela ofensa à integridade e a saúde corporal da mulher.

(II) A violência psicológica é determinada pelo sofrimento psicológico, que é qualquer conduta que cause danos emocionais e diminuam a autoestima.

(III) A violência sexual é definida como o constrangimento de presenciar, manter ou participar de relação sexual não querida, por meio de ameaça, intimidação, coação ou por meio do uso da força.

(IV) A violência patrimonial corresponde ao ato do agressor que buscar retirar a estabilidade ou independência financeira da vítima apropriando-se, bem como destruindo os seus bens.

(V) A violência moral equivale aos crimes contra a honra, calúnia, injúria e difamação, relacionados a violência de gênero.

Além disso, a Lei Maria da Penha é responsável por consagrar o princípio da proteção integral à mulher que é vítima da violência doméstica e familiar, porquanto ao sofrer desse tipo de violência a mulher se encontra em uma situação de vulnerabilidade presumida.

A noção de proteção integral à mulher, de acordo com a Promotora de Justiça ÉRICA CANUTO (2021) é o "coração da Lei Maria da Penha", compondo, assim, o próprio fundamento da norma legal. Diante da diretriz exposta, a situação de vulnerabilidade decorre da vivência enquanto vítima da violência doméstica e familiar, independentemente da condição econômica ou de classe social, até mesmo porque se trata de uma violência possível de atingir qualquer mulher.

Confirmando a compreensão apresentada, encontram-se os entendimentos jurisprudenciais reconhecendo a vulnerabilidade presumida da mulher:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO. PRECLUSÃO

> CONSUMATIVA. UNIRRECORRIBILIDADE. LEI MARIA DA PENHA. CONFLITO ENTRE NETO E AVÓ. CONDIÇÃO DE VULNERABILDIADE DA MULHER. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA RECONHECIDA. 1. Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força dos princípios da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa. 2. **Tratando-se de proteção legal em razão da condição de mulher em relação familiar, de afeto ou de coabitação, dispensável é na Lei 11.340/06 a constatação concreta de vulnerabilidade (física, financeira ou social) da vítima ante o agressor**.
> 3. Agravo regimental de fls. 197-207 não colhido e de fls. 179-173 provido para dar provimento ao recurso especial.
> (STJ – AgRg no REsp: 1861995 go 2020/0036281-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 30/06/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/08/2020) – Grifo próprio.
>
> PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA PRATICADA PELO RECORRENTE CONTRA A EX-MULHER. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. VULNERABILIDADE ÍNSITA À CONDIÇÃO DA MULHER. NULIDADE. PERÍCIA NO CELULAR DA VÍTIMA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. ATIPICIDADE DA CONDUTA E INEXISTÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A própria Lei n. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, **a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos**. (Precedentes do STJ e do STF). 2. O acusado é ex-cônjuge da vítima tendo, conforme a denúncia, praticado ameaça através de mensagens de celular, no sentido de que a faria sofrer "dez vezes mais do que ela", referindo-se à Maria da Penha ou a filha da vítima. Destarte, da forma como posta, verifica-se que restou amplamente caracterizada a relação de afeto entre o agressor e a ofendida, tendo o acusado, homem, valido-se, covardemente, de sua superioridade física e do vínculo familiar para intimidar a vítima mulher, causando-lhe temor, situação relacionada à vulnerabilidade e à inferioridade física existente entre o agressor homem e a vítima mulher. Dessa forma, comprovada a prática de violência doméstica e familiar no presente caso, uma vez que os fatos foram praticados, dentro do âmbito familiar. 3. No que tange à ocorrência de nulidade, em razão da ausência de perícia no celular da vítima, houve a aplicação da Súmula 283/STF na decisão ora agravada. Como tem reiteradamente decidido esta Corte, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Assim, não tendo o agravante impugnado a incidência da Súmula 283/STJ no ponto, inafastável a aplicação da Súmula n. 182/STJ. 4. Afastar a condenação do acusado pelo crime do art. 147 do CP, como requer a parte recorrente, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido.
> (STJ – AREsp: 1439546 RJ 2019/0033585-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 13/06/2019) – Grifo próprio.

Com base nos julgados reunidos, constata-se que a presunção de vulnerabilidade tem relação com a natureza protetiva da lei, não sendo necessária a

comprovação da desvalia, subsistindo a percepção, por ficção jurídica assentada no cenário histórico e fático nacional e internacional, da presença da suscetibilidade, impondo-se a efetivação do princípio da proteção integral[16].

Embora, por um lado, a situação de vulnerabilidade presumida não fira a capacidade de escolha e de autonomia da mulher na perspectiva de não torná-la incapaz para a prática dos atos da vida civil – sujeitando, até mesmo, a instituição das medidas protetivas ao requerimento da vítima – por outro, esta, por encontra-se inserida no ciclo de violência em uma manifesta dependência do agressor, depara-se com um obstáculo para formular a denúncia do crime sofrido.

Diante do ciclo da violência, a vítima naturalmente busca explicações e justificativas para o comportamento do parceiro, reflexão que se soma a culpabilização do agressor atribuída à figura da vítima. Como resultado da interação, a vítima obtém a compreensão de que o agressor só possui determinada conduta em razão da postura a qual ela adota.

Demais disso, a noção sacramentada de casamento e família, como institutos invioláveis, acaba por enfatizar o pacto de silêncio que o agressor e a agredida firmam (DIAS, 2019). Socialmente, a situação de não denúncia se perpetua em diversos casos, pois o agressor é visto como uma pessoa agradável, circunstância que se adere a não aceitação da falência do projeto de vida idealizado, insustentável em face da comunicação do delito sofrido.

Nessa conjuntura, verifica-se a impotência da vítima de promover a denúncia contra o seu agressor. Tal fato reflete diretamente nos dados de feminicídio no Brasil, crime que ocorre, quando a pessoa é morta apenas pela condição de ser mulher.

De acordo com pesquisa realizada em 2013, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a taxa do crime de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo (DIAS, 2019). Cenário que não se reverteu, segundo o apurado em levantamento realizado no ano de 2020, pelo instituto Rede de Observatório da Segurança, constando a taxa de, aproximadamente, cinco mulheres vítimas de feminicídio por dia (OBSERVATÓRIO DA SEGURANÇA, 2021).

Além disso, em pesquisa realizada em 2011, pela Fundação Perseu Abramo, constatou-se o quantitativo de, pelos menos, uma em cada dez mulheres ter sofrido

[16] A proteção integral além de já ser reconhecida na Lei Maria da Penha, o princípio que resguarda esse direito também possui status constitucional, consagrado no art. 226, §8 da CFB.

espancamento uma vez na vida e de duas a cada cinco mulheres já sofreram algum tipo de violência (DIAS, 2019). Apesar disso, no mesmo estudo apreende-se que, independentemente da modalidade da agressão, o número de denúncias não chegou a ultrapassar em 1/3 o dos casos cometidos (DIAS, 2019).

Ainda que o cenário estatístico seja tão alarmante, os dados verificados não retratam a realidade de fato, em face da grande subnotificação da violência sofrida, pela ausência das denúncias das agressões. Ademais, cumpre destacar que a maioria das violências vivenciadas ocorrem dentro dos lares, praticada em 81,5% dos casos pelos companheiros ou ex-companheiros (CORREIO BRAZILIENSE, 2021).

Assim, de modo geral, evidencia-se uma dificuldade na promoção da denúncia das agressões, que são, na maioria das vezes, perpetradas por companheiros, envoltos em relacionamentos fomentadores do ciclo de violência doméstica e familiar. Com a desestruturação da convivência e do ambiente familiar, diante da existência de elevadas dependências, sobretudo, emocional, a mulher fica sujeita a um panorama, semelhante à de Estocolmo, denominada síndrome da mulher agredida, na qual qualquer gesto carinhoso por parte do agressor ocasiona um sentimento de cumplicidade.

A referida síndrome possui, dentre as características, a crença, por parte da vítima, de que a violência decorre de culpa dela. Em razão disso, a pessoa afetada torna-se incapacitada de atribuir a responsabilidade da agressão àquele que, efetivamente, a pratica. Além disso, também existe o medo e o temor pela perda da própria vida, assim como a dos filhos, caso exista prole, além de prevalecer a crença irracional de que o agressor tomará ciência de todas as suas ações.

Diante do explicitado, a capacidade da mulher de denunciar o agressor deve ser examinada, não forma descontextualizada, mas sim considerando as diversas formas de dependência, motivadoras da manutenção, em cenário de violência, da relação com o homem, pois, como pontuou a autora MARIA BERENICE DIAS (2019, p.30): “não há como exigir que o mais vulnerável formalize a queixa contra o seu agressor”.

4 DESDOBRAMENTOS DO CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO FRENTE AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AO DEVER DE CUIDADO MATERNO.

O crime omissivo está previsto legalmente no art. 13 do Código Penal, in verbis:

> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
> (...)
> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

O dispositivo retromencionado prevê que a conduta criminosa, configurada pelo fato típico, pode-se realizar por meio de um comportamento omissivo, além do comissivo. Nos crimes comissivos o agente desempenha uma ação, conformando-se ao disposto legalmente, enquanto que, no caso omissivo, a configuração ocorre, quando o agente não atende a prescrição estabelecida.

Ainda, os crimes omissivos se dividem em duas espécies, a saber: crimes omissivos próprios/puros ou de omissão simples e em crimes omissivos impróprio ou de omissão qualificada.

No presente trabalho explana-se apenas acerca do crime omissivo impróprio, porquanto é a modalidade na qual a responsabilização é imputada a figura do garante, ora representado pela genitora. O garante é aquele dotado da obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, nesse viés, a Constituição Federal, em seu art. 229 e 230, reconhece a responsabilidade legal dos pais para com os filhos menores.

Demais disso, é importante ressaltar que, para a configuração do crime omissivo é necessário que o sujeito ativo possua a capacidade de agir para evitar a consumação delitiva. Em face da atuação requisitada, o doutrinador BITENCOUT (2013) estabelece a exigência de três critérios, quais sejam: poder de agir; evitabilidade do resultado; e o dever de impedir o resultado.

Ainda, por se tratar de um tipo penal em aberto, em razão de não existir enunciadas formas das situações que se enquadram nesse crime, necessitando de uma adequação e a análise do interprete no caso concreto, para a configuração do crime por omissão é necessário que estejam presentes os elementos retromencionados, quando existir um dever de agir previsto em lei, na qual o agente deixa de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção de um resultado.

Nesse aspecto, ao tratar sobre o crime de estupro de vulnerável, é necessário

que o garante tenha o poder de evitar o resultado, ou seja, que possua a capacidade de, efetivamente, impedir ou tentar frustrar a lesão ao bem jurídico, saber: a liberdade sexual e a liberdade da vítima sobre o seu próprio corpo.

O estupro de vulnerável é o tipo penal em que o crime é praticado contra pessoa que não tem condições psicológicas de compreender o a violação sofrida ou de manifestar livremente à vontade (CÓDIGO PENAL, 1940).

Portanto, diante da tenra idade da vítima (menor de 14 anos) ou da ausência de discernimento diante do ato, configura-se uma presumibilidade absoluta de vulnerabilidade, conforme disposto no art. 217-A, *caput* e §1, do Código Penal, *ipsis litteris:*

> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
> § 1ºIncorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Ao explorar a responsabilização materna no crime de estupro de vulnerável, deve-se verificar a óptica da genitora, enquanto pessoa envolvida na situação, seja vítima ou testemunha do crime ocorrido, e não como perpetuadora do abuso.

Nesse aspecto, é importante observar que, diante da possibilidade de vivência de violência doméstica e familiar, a mãe se encontra no ciclo de violência que a mantém sob dependência emocional e até financeira do companheiro, limitando a compreensão e a capacidade de tomar decisões, para impedir a ocorrência do comportamento abusivo com a sua prole.

Apesar disso, insta salientar que, nos casos de abuso sexual intrafamiliar as denúncias são realizadas, em sua maioria, pela própria genitora (HABIGZANG, KOLLER, et. al, apud SANTOS e DELL'AGLIO, 2017), não obstante a denúncia ser realizada de forma tardia.

Portanto, diante da conjuntura verificada, principalmente, da dificuldade de promover a denúncia de ambos os crimes vivenciados, a violência doméstica e familiar e o crime de estupro de vulnerável, é preciso enxergar a genitora também como uma vítima da situação do ambiente ameaçador.

Nesse mesmo passo, assim como para a denúncia dos casos de violência

doméstica e familiar, a garantia da credibilidade a palavra da mulher deve-se ampliar para as denúncias do crime de estrupo contra a sua prole, até mesmo porque, diante da perpetuação da ideologia patriarcal machista, marcada por estereótipos, preconceitos e discriminações, essa também interfere negativamente na realização da justiça, por ainda restar presente (in)conscientemente nos operadores do direito toda uma construção social baseada nos bons costumes e condutas socialmente adequadas e destinadas a figura da mãe, prevalecendo assim o *in dubio pro stereotype*.

Tal situação resulta no processo de revitimização das genitoras, porquanto não se busca compreender as estruturas e dinâmicas de violência contra a mulher, naturalizando os papéis de gênero, sem considerar o ciclo de violência presente nos lares.

5 CONCLUSÃO

A violência de gênero é resultado da ideologia patriarcal, a qual delimita os papéis de gênero e as relações de poder entre os homens e as mulheres, enxergando a mulher como propriedade, o que acaba por legitimar diversos tipos de violência, inclusive, a violência doméstica e familiar.

Contudo, deve-se observar que o surgimento e desenvolvimento de movimentos a favor dos direitos sexuais, reprodutivos e dos direitos humanos – até mesmo, porque a violência de gênero é um fenômeno universal – representa fonte material para o advento de diversos marcos legais voltado à proteção das mulheres em situação de violência, dando-se destaque, em particular, a criação da Lei Maria da Penha.

Dentro dessa dinâmica, no cenário brasileiro, a Lei Maria da Penha (Lei de nº 11.340) teve um importante impacto na atual ordem jurídica na medida em que foi responsável por reconhecer a situação de vulnerabilidade presumida, consagrando a imprescindibilidade da proteção integral da mulher vítima de violência doméstica e familiar, ao resguardar a necessidade da garantida da credibilidade da palavra da vítima, perante o momento histórico e social.

Entretanto, na prática forense, apesar do processo de (re)democratização com o reconhecimento de uma maior igualdade para o gênero feminino e da violência praticada pelo agressor, a mulher ainda sofre uma nova violência ao promover a denúncia. Isso ocorre, em decorrência da reprodução da violência estrutural dos

estereótipos e papéis sociais que caberiam a mulher, por essa razão existe uma violência institucionalizada que promove uma dupla vitimização ao descredibilizar a denúncia realizada.

Nesse aspecto, ao considerar a situação da genitora, inserida no ciclo de violência doméstica e familiar, observa-se a ausência de condições de agir de modo a impedir o resultado ou de denunciar o crime de estupro de vulnerável praticado contra sua prole, tendo em vista que, na maioria dos casos ela não consegue, ao menos, libertar-se do ciclo de violência vivenciado.

Portanto, considerando que, conforme verificado, a genitora é a pessoa que mais promove a denúncia de crimes de violência sexual e intrafamiliar, no ínterim de não acarretar resultado diverso do almejado, ou seja, de estimular a não realização da denúncia, é primordial a desvinculação de projeções a figura materna, a qual é rotulada, em copiosos casos, como cumplice do cônjuge/companheiro que pratica o estupro de vulnerável, quando, em verdade, a genitora se enquadra em uma situação de vítima, também carecendo de ajuda para se libertar da violência sofrida.

Assim, é imprescindível que sejam considerados todos os aspectos do caso concreto, particularmente, diante da vulnerabilidade presumida da genitora nos casos de violência doméstica e familiar, para promover o incentivo a denúncia do crime de estupro cometido contra descendente, sendo visualizada como vítima da situação e não como cumplice silenciosa do agressor.

Para tanto, diante do fato notável de que tais problemáticas decorrem da perpetuação da violência de gênero, da naturalização e determinação de quais papéis sociais cabem ao homem e quais cabem as mulheres, é preciso fomentar políticas públicas na área de educação e cultura, além de garantir acesso a serviços de assistência social, saúde e educação, para que haja a disposição da genitora uma rede de apoio capaz de propiciar o essencial afastamento da figura do agressor.

Noutro bordo, faz-se necessária a intervenção junto à pessoa do agressor, determinando-lhe também o comparecimento obrigatório a atividades de recuperação e reeducação, a exemplo do programa implementado pela Promotora de Justiça ÉRICA CANUTO, em Natal/RN, o qual, ao promover o debate relativo as temáticas referentes ao machismo, identidade de gênero e a responsabilização, com relação aos atos praticados, contabiliza um índice de reincidência delitiva zerado.

Por fim, também é preciso treinar os operadores do Estado e implementar as

diretrizes traçadas para o atendimento da vítima pela autoridade policial, devendo ocorrerem preferencialmente por servidoras mulheres, devidamente capacitadas, a fim de que se passe a tratar efetivamente da violência sofrida e não de questionamentos promovedores de revitimização, até mesmo porque para alcançar o momento da denúncia em si, a mulher que sofre da violência doméstica e familiar precisa superar diversos obstáculos na buscar por ajudar.

Consequentemente, quando as vítimas se defrontam com pessoas despreparadas que legitimam tal violência, acaba-se reafirmando a tendência ao isolamento daquela mulher, induzindo-a a não realizar a denúncia. Assim, diante da pesquisa realizada, denota-se a necessidade de não recair o julgamento do Estado nos casos em que o descendente é vítima de estupro e a figura materna é a garante fragilizada, sobretudo, em virtude dos problemas sociais existentes que demanda atuação de outras estruturas, tais quais como a educação e a assistência social.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda N. **Sejamos Todos Feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ALBUQUERQUE, Laura Gigante; OSÓRIO, Fernanda Corrêa. **A responsabilização de mães em casos de violência sexual contra menores de idade**: o instituto da omissão imprópria e a culpabilização da mulher na sociedade patriarcal brasileira. 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499088914_ARQUIVArtigoFazendoGenero.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

ANANTHASWAMY, Anil; DOUGLAS, Kate. **The origins of sexism:** How men came to rule 12,000 years ago. 2018. Disponível em: https://www.newscientist.com/article/mg23831740-400-the-origins-of-sexism-how-men-came-to-rule-12000-years-ago/#ixzz77HczpIXR. Acesso em 20 de set. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. 2005. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811. Acesso em: 24 ago. 2020.

AZEVEDO, Fernanda Maria Caldeira de. **O conceito de patriarcado nas análises teóricas das ciências sociais:** uma contribuição feminista. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistatrespontos/article/view/3386/2166. Acesso em: 13 ago. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: n19. ed. Saraiva, 2013.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no Recurso Especial nº 1861995. Apelante: Ministério Público do Estado de Goiás. Apelada: Matheus Brenner Amorim de Araújo Miranda. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Goiás, 30 de junho de 2020. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919824394/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1861995-go-2020-0036281-6/inteiro-teor-919824404. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1439546. Apelante: Gustavo Prado da Fonseca. Apelada: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Rio de Janeiro, 13 de junho de 2019. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879232467/agravo-em-recurso-especial-aresp-1439546-rj-2019-0033585-6. Acesso em: 10 nov. 2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Voto feminino foi conquistado depois de uma luta de 100 anos**. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/704329-voto-feminino-foi-conquistado-depois-de-uma-luta-de-100-anos/. Acesso em 20 de set. 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Crime Comissivo por Omissão.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_16.pdf**.** Acesso em: 10 set. 2021.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da Saúde. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf**.** Acesso em: 10 set. 2021.

OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. **A dor e a luta:** números do feminicídio. Disponível em: http://observatorioseguranca.com.br/wp/wp- content/uploads/2021/03/REDE-DE-OBS_ELASVIVEM-1.pdf. Acesso em 07 de nov. 2011.

CORREIO BRAZILIENSE. **Brasil registra um caso de feminicídio a cada 6 horas e meia.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/07/4937873-

brasil-registra-um- caso-de-feminicidio-a-cada-6-horas-e-meia.html. Acesso em 07 de nov. 2011.

COUNCIL OF EUROPE PORTAL. **Feminism and Women's Rights Movements.** |200-?/|. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/gender-matters/feminism-and-women-s-rights-movements. Acesso em 20 de set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 120 ao 361). 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1088 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 720 p.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 432 p.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2007. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_a_lei_maria_da_penha_na_justi%E7a.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A lei maria da penha na justiça**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 368 p.

DUARTE, Luciana Sperb. A Teoria Moderna do Crime Omissivo**. Disponível em:** https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21480/teoria_moderna_crime_omissivo.pdf**.** Acesso em: 10 set. 2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo de violência**. 2018B. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html. Acesso em: 05 set. 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha.** 2018A. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em: 05 set. 2020.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**: aspectos criminais da lei n. 11.340/2006. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/cfi/11!/4/2@100:0.0. Acesso em: 05 out. 2020.

LUMEN LEARNING**. The Fight for Women's Rights**. |2012 e 2021|. Disponível em: https://courses.lumenlearning.com/atd-monroecc-americangovernment/chapter/the-fight-for-womens-rights/. Acesso em 20 de set. 2021.

MACEDO, Kátia Barbosa; MACEDO, Goiacira Nascimento Segurado. **A percepção das relações de gênero a partir do discurso de homens e mulheres, no contexto organizacional**. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/eneo2004-170.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

MONTEIRO, Ester. **Lobby do Batom:** marco histórico no combate à discriminações. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes. Acesso em: 10 ago. 2020.

PESSOA, Adélia Moreira *et al* (org.). **Leituras de direito**: violência doméstica e familiar contra a mulher. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. 2017. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastor; PANDJIARJIAN, Valéria. **ESTUPRO:** Direitos humanos, gênero e justiça**.** Revista **USP, (37), 58 – 69. Disponível em:** https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i37p58-69. Acesso em: 10 set. 2021.

POR QUE VADIAS? **Marcha das vadias CWB**. Curitiba, 04 de novembro de 2016. Disponível em: https://marchadasvadiascwb.wordpress.com/conheca-a-marcha/porquevadias/. Acesso em: 15 ago. 2020.

SÁ, Rodrigo Moraes. **Estupro de Vulnerável:** uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Disponível em:** https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf**.** Acesso em: 10 set. 2021.

SANTOS, Samara Silva dos; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Compreendendo as mães de crianças vítimas de abuso sexual: ciclos de violência. **Estud. psicol. (Campinas)**. Campinas, v. 25, n. 4, pág. 595-606, dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2008000400014&lng=en&nrm=iso>. acesso em 08 de set. de 2020.

SCOTT, Joan. **Gênero:** uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 71-99.

UOL. **19 charges contra o voto feminino mostram que mudanças sempre parecem estranhas**. Disponível em: https://www.bol.uol.com.br/listas/2017/01/16/19-charges-contra-o-voto-feminino-mostram-que-mudancas-sempre-parecem-estranhas.htm?foto=13. Acesso em 07 de nov. 2011.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. **A masculinidade no banco dos réus**: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da lei maria da penha. 2018. 208 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26639/1/Masculinidadebancor% c3%a9us_Veras_2018.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. **Princípios especiais da Lei Maria da Penha e a garantia dos direitos fundamentais da mulher em situação de violência doméstica e familiar.** Belo Horizonte: Fórum, 2021, 132 p.

CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES NO ÂMBITO MATRIMONIAL: ANÁLISE DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARACONJUGAIS

Giovanna Lins de Araújo[1]
Úrsula Bezerra e Silva Lira[2]

RESUMO

O presente trabalho aborda a autonomia privada nos contratos paraconjugais, focando na viabilidade legal e nos limites da liberdade contratual dentro da esfera matrimonial. Dessa forma, o objetivo geral trata do exame da possibilidade de inclusão de cláusulas sancionatórios nos contratos voltados para o âmbito particular e os objetivos específicos de analisar os fundamentos jurídicos que permitem a pactuação da penalidade por desrespeito aos princípios da conjugalidade. Para mais, a metodologia empregada consiste em uma abordagem qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e análise documental. Foram utilizados artigos científicos, legislações e jurisprudências para fundamentar a discussão sobre a contratualização das relações matrimoniais, explorando o tema sob perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Conclui-se que a eventualidade de inserção de condições punitivas no matrimônio é viável sob a ótica jurídica brasileira, refletindo em um desejo crescente por uma maior autonomia privada. No entanto, a aplicação dessa prática enfrenta desafios significativos, especialmente no que diz respeito ao seu efeito sobre a dinâmica familiar, sendo fundamental que seja implementado de maneira equilibrada, respeitando os princípios de equidade e justiça para assegurar que não se tornem instrumentos de desrespeito aos valores fundamentais e aos direitos dos cônjuges.

Palavras-Chave: Contrato paraconjugal. Autonomia privada. Relações matrimoniais.

[1] Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: linsgiovanna52@gmail.com
[2] Professora orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: ursula@unirn.edu.br

CONTRACTUALIZATION OF RELATIONSHIPS IN THE MATRIMONIAL SPHERE:
ANALYSIS OF PRIVATE AUTONOMY IN PARACONJUGAL CONTRACTS

ABSTRACT

The present work addresses private autonomy in paraconjugal contracts, focusing on the legal feasibility and the limits of contractual freedom within the matrimonial sphere. Thus, the general objective is to examine the possibility of including sanctioning clauses in contracts aimed at the private domain, and the specific objectives include analyzing the legal foundations that allow the stipulation of penalties for non-compliance with the principles of conjugality. Furthermore, the methodology employed consists of a qualitative approach based on bibliographic research and document analysis. Scientific articles, legislation, and case law were used to support the discussion on the contractualization of matrimonial relationships, exploring the topic from historical, legal, and social perspectives. It is concluded that the inclusion of punitive conditions in marriage is feasible under the lens of Brazilian law, reflecting a growing desire for greater private autonomy. However, the application of this practice faces significant challenges, particularly regarding its impact on family dynamics. It is essential that it be implemented in a balanced manner, respecting the principles of equity and justice, to ensure that it does not become a tool for disrespecting fundamental values and the rights of spouses.

Keywords: Paramarital contract. Private autonomy. Marriage relations.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, pode ser mencionada a necessidade por um direito das famílias mais humano e adaptável às particularidades de cada relacionamento na sociedade contemporânea, fundamentado no princípio macro da dignidade humana, que, juntamente com outros valores constitucionais, apontam para a importância de um sistema jurídico que respeite e promova a autonomia privada e a liberdade de vontade dos indivíduos. Nesse cenário, o código particular de cada casal se torna um elemento essencial, permitindo que os parceiros estabeleçam regras personalizadas que reflitam

suas premências, de modo que a rigidez formal do casamento não pode se sobrepor à constituição de escolhas pessoais que buscam readaptar suas relações conforme suas novas realidades e modos de vida.

Essa transformação é, em grande parte, fruto da inovação linguística que permeia o meio jurídico, permitindo a renovação e a ressignificação de fórmulas antigas que foram estabilizadas ao longo do tempo. Assim, este trabalho se propõe a fomentar um debate sobre a relevância da autodeterminação na construção de normas que regem a vida conjugal, com o objetivo de garantir que as decisões tomadas dentro dessa esfera sejam justas, equilibradas e respeitosas em relação às individualidades de cada união. Sendo assim, é fundamental que os cônjuges possam expressar suas vontades e desejos de forma livre, sem que as imposições rígidas de normas legais ou sociais interfiram nas suas decisões individuais.

Desse modo, temos na presente pesquisa o objetivo geral de examinar a limitação da autonomia privada nos contratos paraconjugais. Para mais, tratando dos objetivos específicos, busca-se analisar os fundamentos jurídicos que legitimam tais pactuações e a sua compatibilidade com os princípios da conjugalidade, por meio de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e análise documental, com análises de doutrinas clássicas e contemporâneas, legislação, jurisprudência e artigos científicos, abordando perspectivas históricas, jurídicas e sociais.

Assim, o contrato paraconjugal sustenta-se sobre três pilares fundamentais: autonomia, liberdade e desejo, em que esses elementos são essenciais para que a relação matrimonial não se torne um mero cumprimento de obrigações, mas sim um espaço de crescimento mútuo, compreensão e amor. É preciso, portanto, que o direito se adapte a essas realidades, permitindo a inclusão de cláusulas que contemplem as especificidades de cada situação, sempre dentro dos limites impostos pelos princípios da dignidade e da equidade.

Ademais, a discussão sobre a independência na vida conjugal também abrange a análise das consequências jurídicas das escolhas feitas pelos cônjuges, de tal maneira que em uma sociedade em constante transformação, as decisões tomadas em um determinado momento podem necessitar de reavaliação no futuro, à medida que as circunstâncias e as percepções dos indivíduos mudam. Diante do exposto, é imprescindível que os mecanismos legais ofereçam flexibilidade e a possibilidade de revisão das cláusulas acordadas, sem que isso implique em um desrespeito aos direitos

fundamentais dos envolvidos.

Adicionalmente, é vital que essa liberdade seja exercida com responsabilidade, isto é, as cláusulas estabelecidas devem ser justas e proporcionais, evitando a imposição de penalidades desmedidas ou que possam infringir a dignidade, tendo o presente estudo como questão central a avaliação da viabilidade jurídica e os limites da aplicação das sanções.

Nesse sentido, a metodologia a ser adotada no presente estudo será de natureza dedutiva e qualitativa, com o objetivo de analisar de maneira aprofundada a admissibilidade legal e os limites da autonomia privada nos contratos matrimoniais, por conseguinte, primeiramente será realizada uma ampla pesquisa bibliográfica, envolvendo obras doutrinárias clássicas e contemporâneas no âmbito do direito civil, direito de família e direito contratual, a fim de embasar teoricamente a análise.

Acrescenta-se ainda que o presente estudo se organiza em três pilares principais que estruturam o desenvolvimento dos capítulos. O primeiro aborda o casamento, explorando seu conceito, natureza jurídica e evolução histórica, evidenciando a transformação dessa instituição em um pacto baseado na igualdade e dignidade. O segundo capítulo investiga o contrato paraconjugal, definindo-o como um instrumento jurídico inovador que reflete a personalização das relações conjugais, suas características, fundamentos legais e relevância no contexto contemporâneo. Por fim, o terceiro capítulo discute a autonomia privada na contratualização das relações conjugais, analisando as implicações jurídicas desse princípio, suas limitações, e como ele possibilita um equilíbrio entre liberdade contratual e respeito aos princípios de dignidade e equidade. Essas discussões buscam oferecer uma visão ampla e fundamentada sobre a adaptação do direito às novas demandas das relações afetivas modernas, sempre respeitando os limites éticos e legais.

Por fim, esta pesquisa apresenta como finalidade a busca não apenas de entender a configuração atual do direito das famílias, mas também propor caminhos adaptáveis às realidades contemporâneas voltada para o mundo da autodeterminação de convenções, bem como espera-se que as contribuições possam servir como um ponto de partida para um diálogo maior sobre a necessidade de um direito que reconheça e respeite a complexidade das relações afetivas modernas.

2 DO CASAMENTO: CONCEITO

O casamento, enquanto instituto jurídico, é alicerçado em uma profunda dimensão contratual que reflete os compromissos e deveres assumidos entre as partes, dessa forma, devemos tratar primordialmente da reflexão sobre o contrato matrimonial e o paraconjugal, como um pacto acessório, sendo fundamental para compreender a evolução das relações familiares na contemporaneidade. Nessa conjutura, enquanto o primeiro é "o vínculo jurídico entre o homem e a mulher (em contrário — Res. CNJ n. 175/2013) que visa o auxílio mútuo material e espiritual" (Diniz, 2024, p. 37) baseado na união pública e permanente com o objetivo de constituir uma família, e o segundo citado surge como um instrumento complementar, regulando aspectos patrimoniais e outros acordos específicos.

> O casamento, portanto, pode ser definido atualmente como a união legal de duas pessoas, com diversidade ou igualdade de sexos, em razão da Resolução CNJ n. 175/2013, com o intuito de constituir família, vivendo em plena comunhão de vida e em igualdade de direitos e deveres. É um contrato especial de direito de família vinculado a normas de ordem pública que tem por fim promover a união de pessoas, em plena comunhão de vida, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum que porventura tiverem e se prestarem mútua assistência, material e espiritual (Carvalho, 2023, p. 94).

Desse modo, o conceito de matrimônio, amplamente aceito no âmbito jurídico, é definido como uma relação formal entre duas pessoas, estabelecida segundo requisitos legais, que envolve direitos e deveres mútuos, além de um compromisso com a convivência harmoniosa, sendo definido como "acto silemne pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida" (Pereira, 1889, p. 12).

Já o contrato paraconjugal é uma convenção acessória ao casamento, cujo objetivo é disciplinar questões que não são abrangidas pelo regime matrimonial tradicional, como a definição de regras patrimoniais ou a estipulação de cláusulas relativas à convivência, de modo que este tipo de pacto reflete a ampliação da autonomia privada no âmbito familiar, permitindo que as partes moldem suas relações de acordo com suas necessidades e expectativas, sem desrespeitar os limites impostos pela ordem pública e pelos princípios de equidade.

> Não há como negar, assim, que a definição de casamento dependerá, de certa maneira, de aspectos e valorações morais médias da sociedade, de suas aspirações como ente conjunto que, muito embora plural, mantenha limites e anseios comuns incorporados no senso comum daquele que a compõe.

> Podemos, assim, definir casamento como negócio jurídico pelo qual duas pessoas, voluntária e conscientemente, unem-se entre si para fim de constituição de família, primando pelo bem reciproco e pela busca de afinidades que culminem na instituição de vida comum plenamente interligada por laços de afeto, responsabilidade e solidariedade (Marzagão, 2024, p. 33).

Ademais, a discussão sobre o casamento e seus contratos acessórios ressalta a importância do equilíbrio entre liberdade contratual e os valores que sustentam o núcleo familiar, como solidariedade e respeito mútuo. Esse equilíbrio assegura que os acordos sejam juridicamente válidos e não conflitem com os direitos fundamentais dos cônjuges. Assim, o casamento e os contratos paraconjugais representam não apenas uma estrutura normativa, mas também uma manifestação da evolução dos direitos humanos e da busca pela personalização das relações jurídicas no contexto familiar, onde se destaca a relevância da autonomia individual aliada à proteção institucional, visando uma convivência justa e harmônica.

> Vínculo* construído entre dois sujeitos que resulta na constituição de um terceiro elemento, o casal. Assim, o casal encerra em sua dinâmica duas individualidades e uma conjugalidade, o que levou Philippe Caillé (1991) a afirmar que, na lógica conjugal, um mais um são três, ou seja, dois parceiros e uma conjugalidade. Para o autor, cada casal cria seu modelo único de conjugalidade, que ele define como “absoluto do casal” (Levisky *et al.,* 2021, p. 38).

2.1 NATUREZA JURÍDICA

Dando continuidade, tem-se que essa união transcende o campo pessoal, sendo também um ato jurídico que produz efeitos no âmbito civil, desse modo ao tratar da sua natureza jurídica, podemos dizer como algo misto, pois combina elementos de contrato, como o consentimento mútuo, e de instituição, dada sua regulação pelo Estado para garantir proteção social e familiar, “negócio jurídico este que, como visto, tem os mesmo requisitos e a mesma forma para todas as pessoas que desejem celebrar” (Marzagão, 2024, p. 119).

À vista disso, é tema de amplo debate na doutrina e jurisprudência, dada a ausência de uma definição expressa na legislação brasileira, de modo que o Código Civil, em seu artigo 1.511, não apresenta uma descrição detalhada do casamento, mas limita-se a estabelecer sua finalidade como sendo a "comunhão plena de vida" entre os cônjuges, assim, essa formulação permite que diferentes correntes jurídicas

interpretem o instituto sob perspectivas distintas.

> O casamento é uma instituição histórica, milenar, sacralizada, que engloba valores culturais, sociais, religiosas, biológicas, morais e jurídicas. Por séculos foi regulado pela religião, inclusive no Brasil, já que era disciplinado pelo direito canônico até a proclamação da República e a edição do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil. Durante a vigência do Código Civil de 1916, o casamento era a única forma de instituir a família legítima, o que somente foi modificado com a Constituição Federal de 1988 ao acolher outras formas de constituição da família (Carvalho, 2023, p. 93).

Por um lado, o matrimônio é tratado como um contrato, dado que pressupõe o consentimento mútuo das partes, conforme previsto no artigo 1.514 do Código Civil, que exige a manifestação de vontade livre e desimpedida para sua celebração, possuindo uma natureza institucional, uma vez que é regulado pelo Estado, com regras que transcendem a vontade dos cônjuges para proteger a ordem pública e os valores familiares, como observado nos artigos 1.565 e seguintes, que tratam das implicações legais da união.

Além disso, o artigo 1.639 permite aos cônjuges estipular, mediante pacto antenupcial, o regime de bens que vigorará durante o casamento, reforçando o aspecto contratual e a autonomia privada no âmbito familiar. Entretanto, essa autonomia é limitada por princípios maiores, como a dignidade da pessoa humana e a proteção à família, consagrados no artigo 226 da Constituição Federal, que reconhece a família como base da sociedade.

> A corrente hibrida – a qual essa pesquisadora se filia, acompanhando o entendimento de Paulo Lôbo, Gustavo Tapedino e Ana Carolina Brochado Texeira – estabelece que o casamento é negócio jurídico com caráter existencial, conservando em si elementos ligados ao consentimento, mas também formalidades estatais, determinadas como solenidade inerente ao ato em si. É, portanto, um negócio jurídico que pressupõe a prévia reflexão de quem o contrai, bem como mantém características próprias de entidade familiar (Marzagão, 2024, p. 34).

Portanto, ao analisar a natureza jurídica do casamento, conclui-se que ele é um instituto híbrido, que combina elementos contratuais e institucionais, reforçando a sua complexidade e importância no ordenamento jurídico.

3 DO CONTRATO PARACONJUGAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E DEFINIÇÃO

A evolução do Direito exige uma abordagem cada vez mais flexível e inovadora,

consequentemente, para acompanhar essas transformações sociais, é imprescindível adotar conceitos abertos e mentes dispostas a romper com as amarras tradicionais que, muitas vezes, se revelam quase intransponíveis. Assim, o conservadorismo, embora ainda presente nas estruturas jurídicas, deve ser constantemente questionado e, quando necessário, superado, sendo essencial para que se possa atender às demandas reais da sociedade, que, por sua vez, é composta por indivíduos com corpos, mentes e almas, dotados de desejos e necessidades que não podem ser ignorados ou reduzidos a ficções jurídicas desatualizadas.

> O direito matrimonial abrange normas concernentes à validade do casamento (como as que disciplinam a capacidade matrimonial, os impedimentos matrimoniais e as causas suspensivas, a celebração, prova, nulidade e anulabilidade do casamento); às relações pessoais entre os cônjuges, com a imposição de direitos e deveres recíprocos, bem como as suas relações econômicas, que chegam até a constituir um autêntico instituto, que é o regime de bens entre os cônjuges; e à dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial (Diniz, 2024, p. 5).

Isto posto, a investigação das verdades absolutas no campo normativo, dos princípios e fundamentos é, sem dúvida, a essência do Direito das Famílias, de forma que ao longo das décadas, a própria estrutura familiar e suas transformações têm revelado uma desconstrução constante de antigas certezas, o que exige uma adequação contínua do sistema jurídico. Nesse contexto, cabe ao mundo jurídico acompanhar a evolução social, adaptando-se às novas realidades e criando mecanismos que reflitam de forma precisa os anseios e necessidades da sociedade.

Outrossim, a pluralidade de pessoas, relações e expectativas, tão presentes na sociedade contemporânea, deveriam servir como base para refletir que não é possível unificar comportamentos ou expectativas que surgem automaticamente, sendo evidente que há aspectos íntimos na vida que não estão plenamente contemplados pelas regras jurídicas e sociais.

> Na contemporaneidade é crescente o fenômeno consistente no aparecimento de arranjos familiares que não se fundam no modelo tradicional de família biológi-ca, de configuração heterossexual, monogâmica, hierárquica e nuclear. Com isso, novas formas de se exercer e vivenciar a parentalidade são constatadas no meio social e merecem tutela jurídica, distanciando da tradicional estrutura fundada na bipa-rentalidade heterossexual, surgindo, dentre outras formas possíveis, por exemplo, a monoparentalidade por opção, a multiparentalidade e a homoparentalidade. Os agrupamentos familiares sempre se modificaram diante da dinamicidade inerente ao fenômeno familiar, mas o que se mostra peculiar nesse momento histórico são a

> intensidade e a velocidade com que essas mudanças acontecem. (Hironaka *et al.*, 2018, p. 420).

Um exemplo claro dessa superação de barreiras conservadoras é a aceitação dos contratos de namoro, que outrora foram amplamente rejeitados e considerados nulos pelo ordenamento jurídico, assim, o que antes era visto como uma aberração legal, hoje se consolida como uma forma legítima de regular relações afetivas e proteger os direitos e interesses dos indivíduos. À vista disso, a mudança de perspectiva em relação a esse tipo de contrato demonstra que, apesar de as estruturas jurídicas muitas vezes parecerem rígidas e imutáveis, elas podem ser moldadas por uma visão progressista que reconhece a importância de atender às demandas contemporâneas.

Ademais, ao permitir a criação de contratos personalizados, é possível reforçar a autonomia das partes envolvidas, reconhecendo que cada relação afetiva possui suas próprias características e desafios, contrariando a visão tradicionalista de que todas as relações devem seguir um padrão pré-estabelecido, ignorando a diversidade das experiências humanas, onde pode-se criticar "o excesso de regulamentação, assinalando que não compete ao legislador, nem aos tribunais, regulamentar a união a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal" (Nigri, 2021, p. 3). Dessa maneira, os contratos de namoro, união estável ou casamento podem se adequar às expectativas e realidades de cada casal, promovendo segurança jurídica sem perder de vista a individualidade de cada relação. A aceitação de contratos afetivos singulares e personalizados reflete uma abertura para inovações que considerem, acima de tudo, a dignidade, os desejos e as expectativas dos envolvidos. Para isso, é crucial que juristas e operadores do Direito atuem com criatividade e sensibilidade, a fim de construir um sistema que, além de garantir a segurança jurídica, seja capaz de adaptar-se às novas realidades sociais e promover a realização plena das relações humanas.

> As mudanças na família exigiram a atualização do Código Civil de 1916 e das leis especiais, inclusive com edição de novas normas, resultando finalmente na aprovação do Código Civil de 2002. O Código Civil em vigor também já reclama revisão em diversos textos, alguns já atualizados, para se adequar ao atual momento e concepções modernas de família (Carvalho, 2023, p. 5).

Seguindo essa mesma lógica, a paraconjugalidade emerge como um instrumento jurídico atípico, sendo utilizado por casais para aspectos regulamentares da vida conjugal que não estejam previstos ou suficientemente detalhados pelas

normas legais tradicionais, representando um avanço na flexibilização das relações matrimoniais e permitindo que os parceiros ou conviventes estabeleçam cláusulas personalizadas, moldadas às suas realidades particulares, com o objetivo de garantir a harmonia e a proteção de interesses específicos.

Nesse sentido, o contrato paraconjugal possui uma natureza jurídica singular, pois embora esteja intimamente ligado às diretrizes familiares, se afasta das formalidades que caracterizam os contratos convencionais, como os pactos antenupciais.

> De fato, pode-se dizer que a paraconjugalidade será a responsável por atribuir uma parcela de regulamentação à esfera mais íntima dos casamentos, representando a plenitude da autonomia privada na relação conjugal. Isso, pondere-se, já seguindo o mais moderno sentido da conjugalidade atual, seguindo a tendência que vem ocorrendo em nosso país: a da desregulamentação das relações conjugais, havendo a possibilidade cada vez maior de expressão das liberdades de escolhas, atentando o Direito por garantir estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo. (Marzagão, 2024, p. 120).

Diferentemente do que pode ser estipulado por outros casais, determinado pelo Estado ou esperado pela sociedade, o regime nupcial complementar permite que os cônjuges se reconheçam, por si mesmos, o que é significativo para sua união, pactuando suas expectativas de acordo com as necessidades e especificidades individuais. Esses ajustes, portanto, não decorrem de normas preestabelecidas ou de uma visão externa sobre o que um casamento deve ser, mas sim do entendimento mútuo entre os parceiros acerca do que forma a base da sua vida em comum, ou seja, se trata de uma oportunidade concedida a cada casal para definir, de forma autônoma, o que irá compor sua comunhão plena de vidas, estabelecendo uma conexão direta entre o afeto, os desejos dos companheiros e o matrimônio propriamente dito.

É importante ressaltar que confere-se uma flexibilidade fundamental à união matrimonial, na medida em que possibilita a existência de um documento privado, cujo pode ser moldado conforme as necessidades e transformações que surgem ao longo do tempo, o qual possui a capacidade de ser adaptado, renovado e ajustado às novas dinâmicas, como o atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), bem destaca no sexto podcast da instituição: “vivemos em um período no qual a conjugalidade precisa ser cada vez mais singularizada. A monogamia, por exemplo, começou a entrar em xeque. Os cônjuges, portanto, precisam ter autonomia

para constituir uma conjugalidade singular, de acordo com suas necessidades" (IBDFAM, 2024).

A liberdade de ajustar o relacionamento de acordo com as situações da vida a dois é um dos aspectos mais importantes de seu conceito, isso porque a relação conjugal é dinâmica, sofrem alterações ao longo do tempo conforme os indivíduos evoluem, amadurecem e redefinem suas prioridades. Outro ponto a ser considerado é que a paraconjugalidade promove um verdadeiro empoderamento dos participantes, permitindo que eles estabeleçam regras e acordos que respeitem a singularidade de suas vivências.

Em suma, ao trazer à tona essa contratualização, evidencia-se o respeito à autonomia privada, garantindo que os parceiros possam moldar sua união de acordo com suas próprias expectativas e valores, não sendo apenas uma formalidade, mas uma ferramenta eficaz de aprimoramento das convivências, possibilitando que os envolvidos exerçam sua liberdade de escolha e autodeterminação, dentro de um contexto seguro e juridicamente amparado.

3.1 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS

Considerando a ideia de que os preceitos conjugais passaram a ser vistos apenas como orientações e não mais como obrigações impostas de forma coercitiva, é possível avaliar a ausência de sanções diretas por parte da legislação em caso de infração a esses deveres. Nesse sentido, o artigo 1566 do Código Civil brasileiro elenca os deveres recíprocos dos companheiros, como fidelidade, coabitação e mútua assistência, mas não prevê mecanismos de punição automática para quem os desrespeita, tal lacuna legislativa evidencia uma tendência contemporânea de entender os deveres conjugais como questões de foro íntimo.

> Assim, ainda que compreendamos que os deveres conjugais deixaram de ser obrigações passíveis de responsabilização por descumprimento, defendemos que a obrigação derivativa deles, ajustada livremente pelo casal em contrato, passa a integrar o ordenamento jurídico que gere obrigação eficaz e exigível (Marzagão, 2024, p 123).

Nesse cenário, a autonomia privada encontra respaldo no ordenamento jurídico, conforme disposto no artigo 421 do Código Civil, que assegura a liberdade

contratual, desde que respeitados os limites impostos pela função social do contrato, assim, os indivíduos possuem a faculdade de celebrar contratos que atendam às suas necessidades e vontades, desde que tais acordos não contrariem a ordem pública ou direitos fundamentais.

Em consonância ao artigo, a jurisprudência também tem se posicionado nesse sentido, onde Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reconhecido a autonomia privada no âmbito familiar, mas prevalecendo a necessidade de interpretar contratos de maneira a proteger os direitos fundamentais das partes.

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO POST MORTEM. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM QUESTÕES AFETAS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR. ÓBITO DO CÔNJUGE DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. DIREITO POTESTATIVO. EXERCÍCIO. DIREITO A UMA MODIFICAÇÃO JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE VONTADE DO CÔNJUGE. RECONHECIMENTO E VALIDAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL DE DIVÓRCIO. PRETENSÃO RECONVENCIONAL. SOBREPOSIÇÃO AO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DO DIREITO. HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO. LEGITIMIDADE. EFEITOS SUCESSÓRIOS, PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. MODALIDADE DE EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE UM DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. Trata-se de controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decretação do divórcio na hipótese do falecimento de um dos cônjuges após a propositura da respectiva ação.
>
> 2. Após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 é possível a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente de condições e exigências de ordem temporal previstas na Constituição ou por ela autorizadas, passando a constituir direito potestativo dos cônjuges, cujo exercício decorre exclusivamente da manifestação de vontade de seu titular.
>
> 3. Com a alteração constitucional, há preservação da esfera de autonomia privada dos cônjuges, bastando o exercício do direito ao divórcio para que produza seus efeitos de maneira direta, não mais se perquirindo acerca da culpa, motivo ou prévia separação judicial do casal. Origina-se, pois, do princípio da intervenção mínima do Estado em questões afetas às relações familiares.
>
> 4. A caracterização do divórcio como um direito potestativo ou formativo, compreendido como o direito a uma modificação jurídica, implica reconhecer que o seu exercício ocorre de maneira unilateral pela manifestação de vontade de um dos cônjuges, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.
>
> 5. Hipótese em que, após o ajuizamento da ação de divórcio o cônjuge requerido manifestou-se indubitavelmente no sentido de aquiescer ao pedido que fora formulado em seu desfavor e formulou pedido reconvencional, requerendo o julgamento antecipado e parcial do mérito quanto ao divórcio.
>
> 6. É possível o reconhecimento e validação da vontade do titular do direito mesmo após sua morte, conferindo especial atenção ao desejo de ver dissolvido o casamento, uma vez que houve manifestação de vontade indubitável no sentido do divórcio proclamada em vida e no bojo da ação de divórcio. Não se está a reconhecer a transmissibilidade do direito potestativo ao divórcio; o direito já foi exercido e cuida-se de preservar os efeitos que lhe

> foram atribuídos pela lei e pela declaração de vontade do cônjuge falecido.
> 7. Legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscarem a decretação do divórcio post mortem.
> 8. A intenção do autor da ação em ver extinto o processo sem resolução do mérito revela comportamento contraditório com a anterior conduta de pretender a decretação do divórcio. O nemo potest venire contra factum proprium tem por efeito impedir o exercício do comportamento em contradição com a conduta anteriormente praticada, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, sendo categorizado como forma de exercício inadmissível de um direito. Nessa concepção, consubstancia-se em forma de limite ao exercício de um direito subjetivo propriamente dito ou potestativo.
> 9. Possibilidade de decretação do divórcio post mortem reconhecida.
> 10. Recurso desprovido.
> (REsp n. 2.022.649/MA, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/5/2024, DJe de 21/5/2024.) (Brasil, STJ, 2024).

Diante dessa abertura jurídica, surge a possibilidade de modulação das atribuições matrimoniais por meio de contratos específicos, não se tratando, portanto, de uma proposta que dependa de inovação legislativa ou de uma alteração radical no texto legal vigente, de modo que "servirá o contrato paraconjugal como instrumento para transformar um valor jurídico originário (de caráter recomendatório apenas) em uma obrigação contratual derivada (lastreada de coercibilidade)" (Marzagão, 2024, p. 123).

Em outros termos, o contrato paraconjugal, assim entendido, configura-se como um negócio jurídico que visa regular a convivência entre duas pessoas casadas ou em união estável, estabelecendo direitos e deveres específicos e recíprocos, com o objetivo de preservar a comunhão plena de vidas. Sendo assim, por meio desse acordo, os consortes podem dispor sobre aspectos da vida em comum que não estão suficientemente detalhados pela legislação.

> A evolução legislativa do Direito de Família ocorrida entre os Códigos de 1916 e 2002 demonstram bem essa relação simbiótica a qual me refiro. Outros pilares do direito privado como o contrato, a propriedade e a responsabilidade civil possuem mutação muito mais vagarosa em termos históricos. Entendam-me: novas modalidades de contratos surgem, assim como novas responsabilidades, mas a estrutura, o cerne dessas categorias, é milenar. Uma coisa é surgir um novo tipo de contrato ou forma de contratar – eletronicamente, por exemplo –, outra totalmente diferente é haver uma inversão completa dos próprios postulados da categoria jurídica. O contrato, enquanto ideia, tem os mesmos contornos desde tempos imemoriais. Mas ao se dizer "direito de família", essa palavra, a "família", é concebida de forma totalmente diferente a depender do lugar e da época a que se refere. (Hironaka *et al.*, 2018, p. 355).

Ademais, é importante destacar que o reconhecimento jurídico da

paraconjugalidade não implica a criação de uma nova modalidade de contrato, mas sim a adaptação de um conceito já consolidado – o da autonomia privada – para o contexto específico das relações conjugais. Diante disso, ao celebrar um pacto de convivência, os cônjuges estão, na verdade, exercendo o direito fundamental à liberdade contratual, estabelecido pelo artigo 421 do Código Civil.

> Embora o art. 421 não contenha em sua formulação (FN) uma sanção expressa, dada a circunstância de ser uma cláusula geral, a sanção pode estar em outras proposições normativas. É o que ocorre com a nulidade do contrato por não se ter agido em razão da função social (art. 166, VI) , e com a responsabilida de civil por não se ter obedecido aos limites estabelecidos pela função social (art. 927, caput). Observe que as sanções não estão na proposição normativa do art. 421, mas nas proposições normativas de outros dispositivos legais (Silveste, 2018, p. 4).

Em suma, as convenções matrimoniais, ao modular os deveres e direitos dos parceiros de maneira personalizada, oferecem uma alternativa eficaz para a convivência conjugal no mundo atual, possibilitando a construção de um relacionamento equilibrado, justo e alinhado às expectativas individuais de cada parte. Assim, a conjugalidade pode ser ajustada de acordo com a realidade de cada casal, sem que se percam de vista os valores essenciais que norteiam o casamento, como a solidariedade e o respeito mútuo, preservando, ao mesmo tempo, a autonomia privada garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro

3.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

3.2.1 Da capacidade do agente e do objeto lícito

Nos termos do artigo 104, inciso I, do Código Civil, o agente deve possuir discernimento e pleno entendimento das consequências de seu comportamento e da vontade expressa no contrato, do mesmo modo ocorre ao tratarmos do contrato paraconjugal. Assim, a liberdade de pactuação só se concretiza quando os parceiros estão aptos a compreender a totalidade das obrigações que assumem e dos direitos que estão investindo.

> Podemos, de maneira paralela, compreender a capacidade exigida para a entabulação de um negócio jurídico com a estirpe do contrato paraconjugal precisa estar intimamente ligada à capacidade do agente de compreensão de

> toda a extensão de seu comportamento e de sua vontade, como se exige, por exemplo, na vontade de pactuação antenupcial ou testamentária (Marzagão, 2024, p. 123).

Além disso, o objeto desse contrato deve ser lícito, ou seja, as cláusulas não podem contrariar a ordem pública ou os bons costumes, o que reforça o compromisso ético e legal que permite a relação entre os parceiros, de acordo com o mesmo artigo, agora tratando-se do seu inciso II.

> Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 2o do Código Civil). Isso significa que qualquer indivíduo recebe do ordena-mento jurídico a possibilidade de ser titular em relações jurídicas desde o nascimento. É a chamada capacidade de direito. Bem diferente de poder ter direitos é querer ter direitos. Poder ter direitos depende do atributo concedido pelo ordenamento jurídico a todo nascido vivo, qual seja, a capacidade de direito. Porém, o indivíduo precisa querer adquirir direitos para exercer plenamente sua personalidade e capacidade. Neste caso, então, fala-se da vontade de praticar os atos jurídicos voluntários, que consiste na autonomia privada e negocial. Esses são, portanto, poderes atribuídos aos indivíduos para se vincularem juridicamente a outras pessoas, produzindo eficácia jurídica em sua esfera de atuação e exercendo plenamente sua capacidade de direito e personalidade civil (Silveste, 2018, p. 37).

3.2.2 Da necessidade de formalização por escrito

Embora o contrato paraconjugal seja eminentemente consensual, formado pela simples manifestação de vontade das partes, é crucial que esse pacto seja formalizado por escrito, não apenas conferindo maior segurança jurídica, mas também promovendo uma clareza maior quanto aos direitos e deveres reforçados, sendo "imprescindível que se formalize em um instrumento escrito. Esse documento poderá ser público ou particular (sendo que a segunda alternativa nos parece fazer mais sentido diante do caráter privado das questões a serem pactuadas pelo casal)" (Marzagão, 2024, p. 125).

Isto é, esse pacto pode ser redigido em escritura pública ou em documento particular, sendo que, dado o caráter privado das questões envolvidas, a segunda alternativa parece ser a mais adequada. Nesse sentido, o artigo 107 do Código Civil dispõe que validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

3.2.3 Da função social e respeito aos princípios

Destarte, como citado anteriormente, o artigo 421 do Código Civil reforça a função social do contrato, ao estipular que a autonomia privada deve respeitar a função social da família, então, embora os parceiros tenham liberdade para ajustar os termos da relação conjugal, esses ajustes não podem desvirtuar os direitos fundamentais subjacentes à dignidade da pessoa humana, nem podem ser utilizados para subverter valores essenciais à convivência familiar, como o respeito mútuo, a igualdade e solidariedade.

Ainda que o contrato paraconjugal permita que as interferências se adaptem às cláusulas de união às suas particularidades, é necessário que os pactos firmados estejam de acordo com os limites legais. Assim, a modulação dos deveres conjugais – aqueles que originalmente derivam da lei, como a fidelidade, a coabitação e a assistência mútua, negociados no artigo 1.566 do Código Civil – deve observar a capacidade dos parceiros negociarem esses deveres sem desrespeitar os princípios norteadores da conjugalidade.

> A função social do contrato é uma cláusula geral do Código Civil (art. 421) que serve de introdução da socialidade como elemento de interpretação e integração dos contratos cíveis e comerciais. A função social não é um princípio, mas um sintagma de um estilo de redação das formulações normativas para possibilitar a valoração de regras e cláusulas a partir de princípios (Silveste, 2018, p. 101).

Um exemplo que ilustra o respeito à função social e aos princípios fundamentais em contratos paraconjugais envolve pactos que preservam direitos fundamentais, como a igualdade e a dignidade. Desse modo, pode ser imaginar um acordo que redefine o conceito de coabitação, permitindo que os cônjuges morem em residências separadas para atender a necessidades profissionais ou pessoais, mas que mantenha os deveres de assistência mútua. Por conseguinte, esse arranjo respeita os princípios da convivência familiar e a autonomia privada, demonstrando que os ajustes, ainda que personalizados, devem alinhar-se aos valores essenciais da relação conjugal.

3.2.4 Do caráter acessório ao casamento

Caracteriza-se pela função secundária em relação ao matrimônio, sendo, portanto, dependente da validade e existência do casamento para que se justifique a pactuação acerca dos deveres conjugais. Em outras palavras, trata-se de um acordo que reforça e organiza os direitos e obrigações que já estão presentes na relação matrimonial, mas que requer a concordância mútua dos cônjuges sobre os termos específicos da convivência, adaptados às suas necessidades e preferências pessoais.

> Ainda que o casamento não seja um contrato propriamente dito (muito embora tenha alguns elementos contratuais, como já explicado) e sim um negócio jurídico mais amplo, podemos trazer ao contrato paraconjugal alguns elementos do que conhecemos como contrato coligado (Marzagão, 2024, p. 123).

Desse modo, essa natureza acessória diferencia o contrato paraconjugal de outros pactos, especialmente por se vincular diretamente ao vínculo matrimonial existente, conforme os preceitos do artigo 104 do Código Civil, que estabelece os requisitos básicos de validade de um negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei.

Para mais, assim como ocorre no casamento, não é aceitável que apenas uma das partes do contrato paraconjugal seja beneficiada, ou seja, é fundamental a existência de equilíbrio entre direitos e deveres atribuídos a ambos os cônjuges. Por conseguinte, esse equilíbrio reforça o caráter bilateral do ajuste, no qual cada uma das partes deve ser simultaneamente credora e devedora em relação à outra, de forma a promover uma convivência mais harmoniosa e justa.

Logo, os pactos conjugais ajustados por meio desses acordos visam garantir que os interesses individuais e comuns sejam respeitados, sem infringir as disposições legais que regulam as relações familiares e sem perder de vista os limites da autonomia privada, amparados pelo artigo 421 do Código Civil, que determina que a função social do contrato seja observada, reforçando que os interesses privados se alinhem aos preceitos maiores de justiça social e equidade.

Para finalizar, um exemplo que ilustra o caráter acessório do contrato paraconjugal é a criação de um pacto que organize a divisão de bens e deveres conjugais de forma personalizada, como a definição de responsabilidades financeiras, mas sempre em consonância com o casamento. Este acordo, embora separado em termos formais, depende da validade e existência do matrimônio para ter efeito. Ou

seja, não seria possível estipular um contrato paraconjugal sem que haja um casamento válido, pois ele visa apenas organizar e reforçar as obrigações que já surgem da relação conjugal.

3.2.5 Da onerosidade

Essa característica onerosa indica que cada um dos envolvidos assume obrigações em troca dos direitos que receberá, consolidando uma relação de reciprocidade e de simetria nas obrigações e concessões, de forma que os direitos estabelecidos no pacto não sejam unilaterais, mas sim compartilhados em uma dinâmica que permita a ambos usufruir e contribuir na vida conjugal, bem fundamentado no artigo 1.511 do Código Civil dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, acrescentado do artigo 1.565 o qual discorre que o homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

> A legislação atual, ao estabelecer a condição de companheiros e plena comunhão de vida de marido e mulher, elege o afeto como elemento agregador da união, ressaltando a importância da mútua assistência não apenas material, mas sobretudo espiritual entre os consortes. Euclides de Oliveira e Giselda Hironaka destacam que o Código Civil de 2002, antes da EC n. 66/2010 que extinguiu a discussão de culpa, tornou o casamento mais humano, tanto que a ausência de plena comunhão de vida, que pode se configurar, por exemplo, quando um dos cônjuges despreza os interesses e anseios do outro, configurando a tão alardeada incompatibilidade de gênios, autorizava o juiz a decretar a separação judicial do casal, independentemente da prova de culpa, pela falência do casamento, existindo amparo legal no parágrafo único do art. 1.573 (Carvalho, 2023, p. 94).

Por serem onerosos, afastam a possibilidade de gratuidade no que se refere às disposições ajustadas entre as partes, considerando que ambos os cônjuges devem contribuir e beneficiar-se proporcionalmente. Desse modo, a bilateralidade desse tipo de contrato justifica-se pelo fato de que ambos os cônjuges possuam a expectativa de que suas obrigações e direitos sejam cumpridos com igualdade e respeito.

3.2.6 Do prazo

No que tange ao período de vigência, o artigo 421-A do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de estipulação do prazo de validade para determinados contratos, indicando que, quando aplicável, este pode ser fixado de forma determinada ou indeterminada pelas partes envolvidas. Assim, um prazo determinado possibilita que as partes delimitem o período de aplicação dos deveres e benefícios, sendo uma estratégia para observar a funcionalidade do contrato e verificar se os objetivos acordados estão sendo alcançados.

Essa flexibilidade é importante, pois permite que os cônjuges ajustem o contrato conforme suas necessidades, onde em algumas situações, torna-se conveniente para o casal definir um período específico para o cumprimento das disposições acordadas, seja para avaliar a adequação do pacto às necessidades da relação, seja para permitir ajustes futuros que acompanhem a evolução da convivência, já em outros casos, a estipulação de um prazo indeterminado pode ser mais apropriada, principalmente quando o casal busca um pacto de longa duração, cujos efeitos se estendam durante toda a união.

Esse formato sem limite temporal pode se alinhar melhor a relacionamentos que já apresentam estabilidade e nos quais os cônjuges pretendem que as obrigações e direitos ajustados tenham caráter permanente. Contudo, independentemente da escolha, é essencial que os envolvidos tenham liberdade para adaptar ou revisar o contrato à medida que novas circunstâncias e demandas surgirem, garantindo, assim, a flexibilidade do pacto e o alinhamento constante com os interesses do casal.

4 A AUTONOMIA PRIVADA NA CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES: PERCEPÇÕES E CONCEITO

Trata-se de um dos pilares fundamentais do Direito Contratual contemporâneo e desempenha um papel essencial na estrutura jurídica que regula as interações e acordos entre indivíduos, de modo que ao permitir que as partes envolvidas decidam livremente sobre quando, com quem e sob quais termos irão estabelecer um contrato, a autonomia privada enfatiza a importância da vontade individual como elemento central na construção dos vínculos jurídicos.

> As pessoas podem direcionar essa autonomia moral para o âmbito do Direito, quando se vinculam entre si para criar direitos e deveres, que, dado seu

> aspecto jurídico, apresentarão como característica principal sua exigibilidade (obrigatoriedade e tutela estatal). Essa vontade direcionada à prática de atos jurídicos, que criam situações jurídicas, é chamada de autonomia privada, que consiste no reconhecimento pelo ordenamento da autonomia da vontade dos sujeitos de direito (Silveste, 2018, p. 34).

Por meio desse princípio, os contratantes têm a capacidade de adaptar os termos contratuais às suas realidades específicas, personalizando-os de acordo com suas necessidades e interesses. No entanto, essa liberdade não é absoluta: ela encontra limitações impostas pela ordem pública, pela moralidade e pela função social do contrato, conforme disposto no artigo 421 do Código Civil, por conseguinte, o equilíbrio entre liberdade e responsabilidade é, assim, um aspecto fundamental que direciona o seu exercício.

Ademais, ao proteger a liberdade de escolha e a expressão individual, fomenta um ambiente de maior segurança jurídica, onde as partes têm clareza sobre seus direitos e deveres, sendo crucial para a estabilidade das relações contratuais, pois reduz a possibilidade de conflitos e facilita a resolução de litígios, uma vez que cada termo acordado é fruto da vontade expressa e consciente dos contratantes.

Ainda sob essa perspectiva, a autonomia privada funciona como um incentivo à cooperação e ao diálogo entre as partes, exigindo que os contratantes tenham discernimento sobre as consequências de seus atos, ponderando não apenas sobre os benefícios imediatos do acordo, mas também sobre os impactos a longo prazo. Assim, o contrato se torna uma tradução da vontade plena das partes, onde a clareza e o entendimento mútuo são fatores determinantes para a validade e eficácia do negócio jurídico.

> Os próprios alicerces da concepção hobbesiana de liberdade se fixam na ideia da impossibilidade de manutenção de um Estado Natural caracterizado pela independência e pelas liberdades absolutas das pessoas na busca pela satisfação dos respectivos interesses (Nunes, 2024, p. 74).

Além disso, permite que os contratantes exerçam sua liberdade com discernimento, estabelecendo cláusulas e condições que reflitam um equilíbrio entre liberdade contratual e justiça, respaldado pelo aparato legal, permitindo que os indivíduos construam acordos que não apenas representem sua vontade, promovendo então uma convivência harmoniosa e justa entre as partes.

Outro aspecto relevante é o papel do Estado como garantidor do cumprimento

dos contratos, dessa forma, a partir do momento em que um contrato é validamente celebrado, ele passa a ser dotado de força vinculante, e o aparato estatal se torna um importante aliado para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, na medida em que os contratantes sabem que contam com o respaldo jurídico para dar eficácia aos acordos firmados, "exatamente em razão da predominância da percepção de que livres eram aqueles que tinham a oportunidade de deliberar sobre os temas relevantes do Estado" (Nunes, 2024, p. 46).

4.1 AS RELAÇÕES FAMILIARES E A AUTONOMIA PRIVADA

A contratualização das relações familiares representa, sem dúvida, uma das maiores manifestações da autonomia individual dentro do Direito Privado contemporâneo, no qual este fenômeno, ao elevar a liberdade de escolha e o consentimento como valores centrais, evidencia um movimento significativo em direção ao reconhecimento das aspirações e necessidades pessoais de cada indivíduo no âmbito familiar, estabelecendo assim um modelo que resguarda a dignidade e a responsabilidade dos envolvidos, portanto, "a contratualidade no direito de família, especialmente quando tratarmos de conjugalidade, concretizar algo que, se já não existe e é praticado pelo casal, está na iminência de existir e ser vivenciado dentro quatro (ou algumas) paredes" (Marzagão, 2024, p. 79).

Compreende-se, nesse sentido, que a liberdade contratual não se trata apenas de uma opção individual, mas de um direito que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico, garantindo que as escolhas feitas no seio familiar sejam respeitadas e juridicamente amparadas, como por exemplo, o disposto no artigo 421 do Código Civil brasileiro, que trata da função social do contrato, observa-se que o legislador promoveu um equilíbrio entre a autonomia contratual e a função social, de modo que as partes têm assegurada a possibilidade de modular suas obrigações e direitos, respeitando limites e finalidades coletivas.

> Por caminhos e fundamentos diversos, Kant se aproxima da percepção da relação entre liberdade e Poder Legislativo desenvolvida por John Locke, para, igualmente, estabelecer a legitimidade do poder normativo em sua concepção de autonomia da vontade, que, por sua vez, decorre do conceito de liberdade (Nunes, 2024, p. 62).

O vínculo entre autonomia e dignidade é ressaltado, pois a possibilidade de definir os próprios direitos e deveres no ambiente familiar é, na essência, uma forma de dignificar os indivíduos. Para mais, a dignidade humana, núcleo fundamental da Constituição Federal, é promovida através da contratação familiar, pois permite que os envolvidos estabeleçam suas próprias regras de convivência, adaptando as disposições gerais às suas realidades particulares. Desse modo, a tutela da liberdade de escolha mostra-se como um valor jurídico crucial, dado que protege a autodeterminação dos sujeitos ao pactuarem sobre aspectos essenciais de suas vidas.

> Assim, compreendendo a autonomia privada como verdadeira regulação dos interesses individuais de cada ser humano, defendemos sua mais plena e irrestrita amplitude,[13] estando limitada, apenas e tão somente, àqueles que o ordenamento compreende como linha intransponível (dignidade humana, observância de vulnerabilidade e observância da licitude, sem valoração estritamente moral, do ato a ser pactuado) (Marzagão, 2024, p. 79).

Este exercício da autonomia privada na esfera familiar reflete ainda a valorização da diversidade das relações sociais e afetivas, onde cada unidade familiar, ao constituir-se com base em diferentes valores, vivências e objetivos, enriquece o cenário jurídico, permitindo que haja uma pluralidade de configurações jurídicas capazes de abarcar a complexidade das relações interpessoais. Dessa forma, a celebração de contratos familiares emerge como uma ferramenta prática e eficaz para harmonizar as expectativas e interesses dos cônjuges, colocando em foco a segurança jurídica e o respeito mútuo.

> No caso da segunda ordem de causas das relações, tem-se como valor fundante da vinculação a liberdade dos sujeitos. A ordem jurídica lhes atribui esse poder de determinar seus objetivos e regulamentar a própria vida. Esse poder representa a juridicização de um valor moral que toda pessoa tem: a autonomia da vontade. É o pressuposto do agir livre e da possibilidade de criar normas para a conduta, desde que obedeça aos critérios morais e legais (Silveste, 2018, p. 34).

A individualidade de cada pessoa e a multiplicidade dos arranjos familiares atuais demandam, cada vez mais, que o Direito seja moldado a partir do plano de vida de cada parte envolvida. O contrato familiar, nesse contexto, permite que os valores e as aspirações de cada membro sejam protegidos, sem a necessidade de um padrão uniforme que desconsidere a singularidade de cada núcleo familiar. Em outras palavras, mesmo que algumas famílias possam apresentar similaridades, as suas

constituições internas revelam, na maioria das vezes, peculiaridades que diferenciam suas expectativas e necessidades.

Dentro deste contexto, a autonomia decisória, muitas vezes referida como liberdade contratual, torna-se um vetor essencial para o respeito às particularidades de cada sujeito, sendo na "vivência em sua mais íntima e restrita modalidade que os contratos familiares retratarão" (Marzagão, 2024, p. 79).

5 CONCLUSÃO E RESULTADOS

A conclusão deste estudo evidencia a necessidade de reformular o direito das famílias para torná-lo mais humano, adaptável e condizente com a complexidade das relações afetivas contemporâneas. Fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, o trabalho reforça a importância de um sistema jurídico que priorize a autonomia privada e a liberdade dos cônjuges na construção de suas vidas em comum.

Dessa forma, a criação de contratos paraconjugais, como instrumentos acessórios ao casamento, demonstra-se uma solução prática para atender às particularidades de cada relação, possibilitando a pactuação de cláusulas personalizadas que reflitam os anseios e necessidades de cada casal, respeitando os limites impostos pela ordem pública e pelos princípios constitucionais.

No entanto, a inclusão de cláusulas sancionatórias exige cuidado, considerando que essas disposições devem ser justas, proporcionais e fundamentadas na equidade, de modo que tal abordagem reforça a necessidade de uma flexibilidade normativa que permita revisões e ajustes nos termos acordados, sempre que mudanças na realidade dos cônjuges o exigirem.

A presente pesquisa também sublinha que qualquer penalidade contratual deve ser compatível com os direitos fundamentais e a dignidade das partes envolvidas, conforme os princípios estabelecidos no art. 1º, III, da Constituição Federal, que destaca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o art. 421 do Código Civil reforça que a liberdade contratual deve respeitar a função social do contrato, garantindo equilíbrio e justiça entre as partes, acrescenta-se ainda o art. 187 do Código Civil, que proíbe o abuso de direito, indicando que o exercício de qualquer direito contratual, inclusive cláusulas punitivas, não pode

ultrapassar os limites impostos pela boa-fé e pela equidade. Da mesma forma, o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil enfatiza que a liberdade contratual deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais, assegurando que disposições contratuais não contrariem os princípios fundamentais, como a dignidade humana e a igualdade.

Assim, a compatibilidade entre penalidades contratuais e os direitos fundamentais é um imperativo jurídico que preserva a dignidade das partes, promovendo justiça nas relações contratuais e fortalecendo os valores democráticos e constitucionais.

Ao propor um debate sobre a autonomia privada no âmbito matrimonial, o estudo contribui para a ampliação da compreensão sobre a pluralidade das relações conjugais e para a promoção de um direito das famílias mais inclusivo. Além disso, destaca-se a relevância da análise jurídica de institutos inovadores que, ao mesmo tempo, respeitem a individualidade e garantam a segurança jurídica necessária para a estabilidade das relações conjugais.

Logo, espera-se que este trabalho seja um ponto de partida para um diálogo mais amplo sobre a modernização do direito das famílias, promovendo o equilíbrio entre a liberdade individual e a proteção das relações interpessoais em um mundo em constante transformação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 2.022.649/MA. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Julgado em 16 maio 2024. **Diário da Justiça Eletrônico,** 21 maio 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EDIREITO+CIVIL+AUTONOMIA+PRIVADA+FAM%CDLIA%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=DIREITO+CIVIL+AUTONOMIA+PRIVADA+FAM%CDLIA. Acesso em: 24 nov. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626393/epubcfi/6/4[%3Bvn d.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml]!/4/12/6/1:9[88%20%2Cp. Acesso em: 23 nov. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 38 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621453/epubcfi/6/2[%3Bvn d.vst.idref%3Dcover.xhtml]!/4/2[cover]/2%4050:77. Acesso em: 23 nov. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *et al*. **Direito civil:** estudos. São Paulo: Edgard Blücher, 2018. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788580393477/pageid/4. Acesso em: 24 nov. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Podcast IBDFAM:** Rodrigo da Cunha Pereira e Silvia Felipe Marzagão falam sobre Contratos Paraconjugais. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/11059/Podcast+IBDFAM%3A+Rodrigo+da+Cunha+Pereira+e+Silvia+Felipe+Marzag%C3%A3o+falam+sobre+Contratos+Paraconjugais. Acesso em: 24 set. 2024.

LEVISKY, Ruth Blay. et al. **Dicionário de psicanálise de casal e família**. São Paulo: Blucher, 2021. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555062830/recent. Acesso em: 24 de nov. 2024.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contrato paraconjugal:** a modulação da conjugalidade por contrato. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2024.

NIGRI, Tânia. **Contrato de namoro.** São Paulo: Blucher, 2021. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555062052/epubcfi/6/4[%3Bvn d.vst.idref%3DContrato_Namoro_Miolo]!/4[Contrato_Namoro_Miolo]/8/2[_idContainer014]/2%4050:32. Acesso em: 24 nov. 2024.

NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. **Autonomia privada, direitos fundamentais e democracia.** São Paulo: Almedina, 2024. Disponível em https://app.minhabiblioteca.com.br/#/activate/9788584936649. Acesso em: 25 nov. 2024.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Typ. Da Tribunal Liberal, 1889. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518641. Acesso em: 23 nov. 2024.

SILVESTE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à funçãosocial do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584933730/pageid/4. Acesso em: 24 nov. 2024.

UMA ANÁLISE DO ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS DO SISTEMA CARCERÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE PELA ADPF 347 DO STF

Guilherme Freitas Figueiredo[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

O sistema prisional brasileiro enfrenta desafios estruturais profundos, que resultam em condições desumanas e degradantes para os detentos, situação esta que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF n° 347, julgado em outubro de 2023, configurando um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). O STF determinou que medidas fossem adotadas para superar tais violações sistemáticas de direitos fundamentais. Assim, este estudo busca investigar as condições dos presídios no Estado do Rio Grande do Norte, com foco em questões como superlotação, falta de higiene, violência, e acesso a serviços básicos, além de examinar o impacto da ADPF 347 nas políticas prisionais locais e as ações implementadas para atender às diretrizes da Suprema Corte. Metodologicamente, utilizou-se de abordagem indutiva e descritiva, com revisão bibliográfica e análise de dados quantitativos e qualitativos, incluindo a Constituição Federal, o Código Penal, a inteligência artificial "Perplexity" e documentos que retratam a atual situação dos presídios potiguares e brasileiros. A coleta de dados permitiu uma visão abrangente dos desafios enfrentados pelo sistema penitenciário do estado, bem como das medidas adotadas para superar tais problemas, revelando a influência da ADPF 347 na melhoria das condições carcerárias e no respeito aos direitos humanos. Diante disso, o estudo conclui que o Rio Grande do Norte enfrenta um ECI em suas prisões, exigindo uma revisão urgente das políticas prisionais com foco na dignidade humana e na reintegração social dos detentos.

[1] Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI RN. E-mail: guilhermeffigueiredo@gmail.com.
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI RN. E-mail: jbmb@unirn.edu.br.

Palavras-Chave: Estado de coisas inconstitucional. ADPF nº 347. Sistema carcerário. Execução penal. Direitos fundamentais.

AN ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS OF THE CARCERARY SYSTEM OF RIO GRANDE DO NORTE BY ADPF 347 OF THE STF

ABSTRACT

The Brazilian prison system faces profound structural challenges, which result in inhumane and degrading conditions for inmates, a situation that was recognized by the Federal Supreme Court (STF) in ADPF no. 347, judged in October 2023, configuring an Unconstitutional State of Affairs (ECI). The STF determined that measures be adopted to overcome such systematic violations of fundamental rights. Thus, this study seeks to investigate the conditions of prisons in the State of Rio Grande do Norte, focusing on issues such as overcrowding, lack of hygiene, violence, and access to basic services, in addition to examining the impact of ADPF 347 on local prison policies and the actions implemented to comply with the Supreme Court's guidelines. Methodologically, an inductive and descriptive approach was used, with a bibliographical review and analysis of quantitative and qualitative data, including the Federal Constitution, the Penal Code, "Perplexity" artificial intelligence and documents that portray the current situation of Rio Grande do Norte and brazillian prisons. Data collection allowed a comprehensive view of the challenges faced by the state's penitentiary system, as well as the measures adopted to overcome such problems, revealing the influence of ADPF 347 in improving prison conditions and respect for human rights. Given this, the study concludes that Rio Grande do Norte faces an ECI in its prisons, requiring an urgent review of prison policies with a focus on human dignity and the social reintegration of inmates.

Keywords: Unconstitutional state of affairs. ADPF nº 347. Carcerary system. Criminal execution. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ajuizada em 2015 e julgada em 2023, representa um marco no debate sobre o sistema prisional brasileiro, especialmente no que se refere às violações de direitos fundamentais. No contexto do estado do Rio Grande do Norte, essa decisão ganha relevância ao expor as fragilidades do sistema penitenciário local e seus desafios. Ao longo das décadas, o sistema penitenciário no Brasil e, particularmente, no Rio Grande do Norte, enfrentou crises profundas, com reflexos visíveis nas condições de superlotação e nas constantes violações de direitos humanos. Nesse sentido, a presente pesquisa visa ampliar o arcabouço de conhecimento acerca da ADPF 347 e suas realidades aplicadas no sistema prisional potiguar.

Para alcançar tal objetivo, é fundamental realizar um estudo minucioso dos dispositivos legais envolvidos na ADPF 347, bem como das causas sociais que levaram à sua propositura. A análise desses dispositivos permitirá uma compreensão mais aprofundada dos mecanismos jurídicos utilizados para enfrentar a crise carcerária no estado do Rio Grande do Norte. Além disso, será realizada uma investigação detalhada das condições dos presídios potiguares, com o intuito de verificar de que forma os parâmetros estabelecidos pela ADPF se aplicam à realidade local. Este estudo não se limitará à análise jurídica, mas também buscará comprovar, por meio de pesquisas empíricas, a situação dos estabelecimentos prisionais da região.

Nessa perspectiva, é essencial entender os benefícios e desafios impostos pela regulamentação estabelecida na ADPF 347. Ao analisar os impasses jurídicos e sociais que envolvem a situação prisional no estado, pretende-se compreender melhor as origens dos problemas enfrentados, assim como as possibilidades de melhoria a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O estudo buscará, portanto, não apenas apontar falhas no sistema, mas também trazer à tona as possibilidades de transformação a partir da aplicação dos preceitos normativos estabelecidos pela Corte.

Diante do exposto, a metodologia utilizada nesta pesquisa é de natureza qualitativa, com enfoque fundamental. Trata-se de um estudo bibliográfico, que se valerá de dados extraídos da literatura especializada, artigos científicos, revistas

acadêmicas e da própria legislação. Serão coletadas informações disponíveis sobre o tema, a fim de estruturar a análise e exposição do estudo. A execução do trabalho será realizada de forma individual, organizando o conteúdo em tópicos, partindo de conceitos gerais que fornecem a base teórica necessária para o entendimento do tema e, posteriormente, avançando para a análise específica da aplicação da ADPF 347 no sistema penitenciário potiguar.

Por fim, delimitadas as diretrizes metodológicas e os objetivos da pesquisa, passa-se ao desenvolvimento das questões jurídicas centrais, as quais envolvem a relação entre os dispositivos legais da ADPF 347 e a realidade prisional do estado do Rio Grande do Norte.

2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Lei de Execução Penal, ou LEP, estabelecida pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, é um marco imprescindível no sistema penal brasileiro moderno, objetivando garantir os direitos dos encarcerados e a reintegração deles para a sociedade. A sua elaboração conecta-se às transformações sócio-políticas brasileiras, resultando em mudanças na percepção da função do Estado, dos direitos fundamentais e da justiça.

Dessa forma, para compreender a LEP, é necessário analisar o contexto a qual foi escrita. A década de 1980 foi a época de transição democrática no Brasil, após os duros anos de ditadura militar. O corpo social clamava por direitos e garantias, e a nova Constituição Federal de 1988, serviu como pano de fundo para a criação da LEP. Segundo Mendes e Dall'Agnol (2016), a Constituição de 1988 consolidou a ideia de que a pena deve ter um caráter ressocializador, e não meramente punitivo.

2.2 DEFINIÇÃO E O BEM JURÍDICO DA EXECUÇÃO PENAL

A LEP se baseia em princípios que buscam garantir a dignidade da pessoa humana, respeitando a integridade física e moral do preso, além de visar sua

reintegração social. Esse princípio é corroborado por Souza e Silva (2019), afirmando que a ressocialização é o objetivo primordial do sistema carcerário, findando reduzir a reincidência criminal. Nesse sentido, o artigo 1º da LEP estabelece que, *in verbis*:

> Art. 1º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

"A execução penal é a fase do processo penal em que se busca efetivar a aplicação da pena, levando em conta os direitos do condenado e a necessidade de sua reintegração à sociedade. Essa fase crucial, não apenas busca cumprir a decisão judicial, garante a dignidade do condenado e os princípios da justiça" (GRECO, 2015, p. 101). Sob esse prisma do doutrinador, é válido logo inferir que há uma quase inexistência de programas eficientes de educação e trabalho para os encarcerados compromete o potencial de reintegração. Greco (2015) ainda enfatiza que sem acesso à educação e formação profissional, o condenado tem grandes chances de retornar ao crime, perpetuando o ciclo de violência.

2.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA EXECUÇÃO PENAL

O princípio da legalidade é um dos pilares do Direito Penal e da Execução Penal. Tal princípio está consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que estabelece: "não há crime nem pena sem uma lei anterior que os defina". Isso posto, é imperativo afirmar que nenhuma pena pode ser imposta sem que exista uma lei prévia que a tipifique, assegurando ao cidadão brasileiro que não será punido por atos que não estão ordenados legalmente como crime.

Não obstante, a individualização da pena é outro princípio fundamental, adaptando a pena às circunstâncias individuais do condenado e às particularidades do delito. Masson (2021) ressalta que a individualização da pena é uma forma de garantir que a resposta do Estado ao crime seja justa e proporcional. De acordo com o doutrinador, isso remete que a pena deve levar em consideração não somente a gravidade do crime, mas como a personalidade do agente, as condições

socioeconômicas e as circunstâncias do fato. A individualização da pena é um mecanismo que pavimenta a aplicação de penas e medidas mais adequadas ao caso específico de cada condenado, ajudando para a eficácia da ressocialização e evitando a generalização na aplicação de penas.

Quanto ao princípio da ressocialização, é um importante fator, senão o maior, para definir a qualidade de um sistema penitenciário. Pelas palavras de Cleber Masson (2022, p. 890):

> É o cerne da Execução Penal moderna. Ele se fundamenta no pensamento de que a pena deve ter uma função educativa e restauradora, visando reintegrar o condenado à sociedade. A ressocialização é um compromisso do Estado de direito em proporcionar ao condenado toda as condições necessárias para sua reintegração, evitando que ele retorne ao mundo do crime.

Como foi prelecionado acima pelo autor, a ressocialização não se limita apenas à privação da liberdade, mas também envolve medidas que visam mudar a mentalidade do condenado, dando-lhe oportunidades de educação, capacitação profissional e reintegração social. Nessa ótica, a abordagem contemporânea da execução penal reflete a preocupação com a dignidade do ser humano e com a possibilidade de recuperação do infrator, reafirmando o compromisso do Estado de não apenas punir, mas também de prevenir a reincidência, por meio de programas e políticas públicas que favoreçam uma segunda chance na sociedade. Portanto, o processo de execução penal deve equilibrar a imposição da pena com ações que promovam a ressocialização do indivíduo, contribuindo para a segurança e o bem-estar da coletividade.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (EIC) NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

3.1 CONCEITO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A primeira vez que o termo “Estados de Coisas Inconstitucional" foi na Corte Constitucional da Colômbia em decisões emblemáticas, a partir dos anos 90. Um dos casos mais conhecidos aconteceu em 1994, quando a Corte identificou que a superlotação carcerária e as condições desumanizantes das prisões constituíam um

estado de coisas inconstitucional, violando os direitos fundamentos e básicos dos detentos. Como afirma um próprio autor colombiano, a Corte reconheceu que a situação não era meramente uma questão individual, mas um problema sistêmico e estrutural que necessitava uma resposta à altura e organizada do Estado (GONZÁLEZ, 2010, p. 23).

3.2 APLICAÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

O sistema carcerário do Brasil é marcado por uma série de desafios que afetam diretamente a dignidade e os direitos humanos dos detentos. Nesse contexto, a análise do Estado de Coisas Inconstitucional se mostra como uma questão de extrema relevância e urgência.

Antes de tudo, é necessário compreender e confrontar as condições desumanas e degradantes enfrentadas pelos indivíduos privados de liberdade. A pesquisa sobre o estado inconstitucional de coisas no sistema carcerário potiguar é fundamental para identificar as causas estruturais que perpetuam as violações de direitos e propor medidas eficazes de intervenção e reforma.

Diversos autores têm contribuído significativamente para a compreensão das questões relacionadas ao sistema carcerário de modo geral. Como, por exemplo, Michel Foucault, em sua obra clássica “Vigiar e Punir”, discute as dinâmicas de poder e controle presentes nas instituições penais, evidenciando a relação entre prisão e disciplina. Além disso, o médico Drauzio Varella, através de sua experiência voluntária em presídios, destaca em “Estação Carandiru” as condições precárias de saúde e as questões sociais que permeiam o ambiente carcerário.

4 A APLICAÇÃO DO EIC NO SISTEMA CARCERÁRIO NORTE-RIO- GRANDENSE

A partir de uma visão histórica, o sistema penitenciário do Rio Grande do Norte tem enfrentado obstáculos significativos, incluindo superlotação, condições insalubres e falta de recursos para a ressocialização dos presos. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DNPN), o estado apresentava, em 2022, uma taxa de ocupação superior a 150%, gerando em graves consequências para a saúde e a segurança dos detentos.

De forma paralela, um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre o sistema penitenciário brasileiro apontou que as condições de encarceramento no Rio Grande do Norte refletem a falta de políticas públicas efetivas e investimentos inadequados, levando a uma situação que se configura como um estado de coisas inconstitucional (IPEA, 2022).

4.1 ANÁLISE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE

Entender o sistema prisional no Brasil e, especificamente, no estado do Rio Grande do Norte, requer uma análise crítica dos acontecimentos significativos que influenciaram sua evolução ao longo dos anos. Episódios trágicos como o histórico Massacre de Carandiru em 1992, na Casa de Detenção de São Paulo, e a recente Rebelião de Alcaçuz em 2017, na Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, destacam a persistência de um cenário desafiador que vai contra os princípios fundamentais do sistema penitenciário nacional, ocasionando na criação de uma Arguição de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal em 2015 pelo relator do processo Ministro Marco Aurélio.

Destarte, a arguição reconheceu a existência de uma situação degradante e desumana nos presídios brasileiros, exigindo a adoção de medidas urgentes por parte do Estado para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos detentos. É notória a persistência de condições desumanas e degradantes no sistema carcerário do Rio Grande do Norte denunciadas.

A Rebelião de Alcaçuz, por exemplo, em janeiro de 2017, trouxe à tona novamente as falhas e fragilidades do sistema prisional brasileiro. Durante os conflitos entre facções criminosas dentro da prisão, cerca 26 detentos foram mortos, expondo a falta de controle do Estado sobre as unidades prisionais e a dominância das organizações criminosas dentro desses espaços. Além disso, a rebelião evidenciou a necessidade urgente de políticas de ressocialização e medidas eficazes para enfrentar o problema da superlotação carcerária.

No artigo de Soares (2018), há uma análise sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, com foco nas políticas de segurança pública do Rio Grande do Norte. A autora propõe diretrizes constitucionais para uma abordagem transversal que enfrente as falhas estruturais

do sistema carcerário.

Já para Santos (2020), há um enfoque maior no tema da corrupção e do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional potiguar. A autora discute as violações de direitos humanos e as diretrizes constitucionais para enfrentar o poder punitivo estatal dentro das prisões do estado.

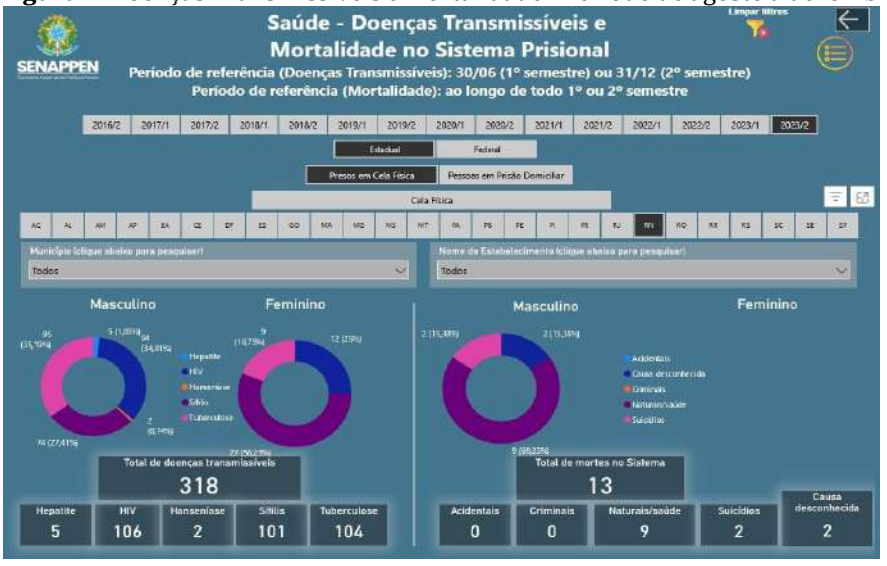
Além disso, ressalta as dificuldades estruturais encontradas nos presídios, como a falta de dados primordiais:

> No estado potiguar, no Mutirão realizado em 2011, obteve-se, em um primeiro momento, por meio da Coordenadoria de Administração Penitenciária - COAPE, o total da população carcerária de 5581 (cinco mil, quinhentos e oitenta e um), isso após inúmeras 59 inconsistências na apresentação dos dados, inclusive porque em nenhuma das listas constava o número de presos, por exemplo, da cidade de Nova Cruz/RN, demonstrando a falta de organização e controle sobre tal informação básica.

Diante das evidências apresentadas, é possível constatar a gravidade da situação do sistema carcerário no estado do Rio Grande do Norte. É fundamental que as autoridades competentes implementem mais políticas que promovam a transparência de dados para criação de soluções.

Por exemplo, nestes gráficos a seguir, retirado do site oficial da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), é possível ver dados sobre doenças transmissíveis e a mortalidade no sistema prisional do estado:

Figura 1: Doenças Transmissíveis e Mortalidade - Período de agosto a dezembro de 2023



Fonte: Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN, 2024)

Figura 2 - Doenças Transmissíveis e Mortalidade - Período de agosto a dezembro de 2023



Fonte: Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN, 2024)

Ao fazer uma análise dos gráficos, é possível inferir que o total de casos de doenças transmissíveis registrado é de 318 pessoas. Desse total, HIV é a doença com o maior número de casos, afetando 106 homens e 101 mulheres. Logo após, tuberculose é a mais prevalente, com 104 casos no total, sendo 5 em homens e 99 em mulheres. A sífilis também aparece em números expressivos, especialmente entre os homens.

Esses números indicam uma predominância clara de HIV e tuberculose como principais desafios de saúde pública no sistema prisional do RN, com destaque para a alta concentração de mulheres acometidas por tuberculose.

Já em relação a mortalidade, houve um total de 13 mortes no sistema prisional. Entre as causas, as motivações naturais ou súbitas são predominantes com 5 casos. Em segundo lugar, tem-se suicídio com 4 casos no total (2 masculinos e 2 femininos). Outras causas, como acidentais e criminosas, somam apenas 1 morte cada. Por último, há ainda 2 mortes de causas desconhecidas.

A predominância de mortes naturais sugere um problema relacionado ao 9 acesso inadequado a cuidados de saúde, além de possível precariedade das condições físicas e sanitárias no ambiente prisional. Além disso, os casos de suicídio chamam atenção e podem indicar a necessidade de políticas mais robustas de acompanhamento psicológico e programas de suporte emocional.

Os dados revelam graves problemas de saúde no sistema prisional do RN, principalmente no que tange às doenças transmissíveis, que apresentam números alarmantes, sobretudo em relação ao HIV e à tuberculose. A mortalidade reflete tanto questões relacionadas à saúde física quanto mental, sugerindo uma situação vulnerável da população prisional, onde falta assistência médica e psicológica

adequadas. Esses números reforçam a necessidade de intervenções urgentes para mitigar os impactos de saúde pública dentro das prisões.

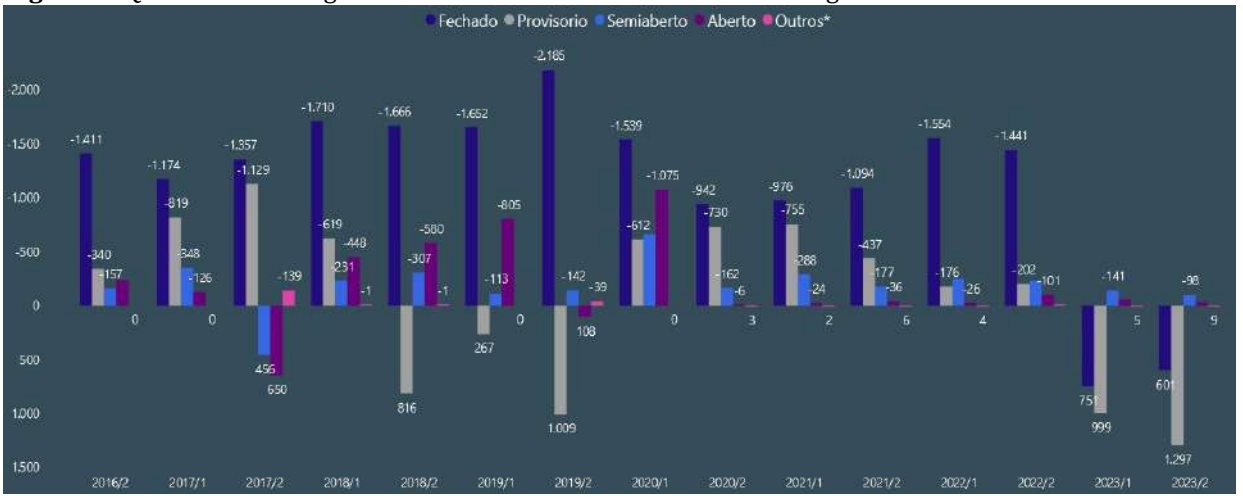
Por outro lado, faz saliente ressaltar a análise dos seguintes gráficos com dados populacionais dos presídios do estado:

Figura 3 - Déficit/Superávit de Vagas no RN - Período de agosto a dezembro de 2023



Fonte: Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN, 2024)

Figura 4 - Quantidade de Vagas nas Modalidades de Prisão - Período de agosto a dezembro de 2023



Fonte: Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN, 2024)

A população carcerária vem aumentando de forma constante ao longo dos anos, partindo de 6.850 detentos em 2016 e alcançando 14.906 em 2023, o que equivale a mais do que o dobro em sete anos.

A capacidade do sistema prisional também apresentou crescimento, mas em uma velocidade bem inferior. Em 2016, a infraestrutura contava com vaga para

6.670 presos, número que subiu para 12.502 em 2023.

O déficit de vagas é bastante significativo e se correlaciona com o aumento do número de presos, mantendo-se negativo durante todos os anos analisados. Em 2016, a falta de vagas era de 180, e essa situação se agravou em 2023, quando o déficit chegou a 2.404.

Entre 2020 e 2022, observou-se uma diminuição gradual desse déficit, o que pode indicar esforços do sistema prisional para enfrentar o problema da superlotação, com um expressivo aumento na capacidade carcerária nesse intervalo. Contudo, em 2023, o déficit voltou a aumentar, alcançando um dos piores níveis já registrados.

Isso revela a necessidade de políticas públicas focadas tanto na expansão de vagas como na redução da taxa de encarceramento, o que pode envolver medidas alternativas à prisão, como penas alternativas e políticas de ressocialização. A superlotação contínua gera graves implicações sobre as condições de vida no sistema, além de representar desafios logísticos, sanitários e de segurança pública.

5 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347

Como tem sido demonstrado, o sistema prisional brasileiro, incluindo o do Rio Grande do Norte, não tem cumprido os objetivos previstos na Lei de Execução Penal (LEP), como garantir o cumprimento da pena e promover a reintegração social dos detentos. Além de violações recorrentes das normas, o sistema enfrenta problemas graves, como mortes, violência, maus-tratos e conexões com facções criminosas, agravando sua crise.

Ademais, já é sabido que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um conceito criado pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997 na decisão SU-559, buscando lidar com violações graves e estruturais de direitos fundamentais, exigindo ação coordenada de diversas entidades públicas.

Infelizmente, o debate sobre o tema é frequentemente desviado por interesses políticos, afastando-se das metas de justiça, segurança e reinserção social. Nessa ótica, apesar de décadas de discussões por diferentes atores, o Brasil ainda não desenvolveu uma política penal eficiente, sustentável e que integre os vários níveis de governo.

No Brasil, o reconhecimento do ECI no sistema prisional pelo STF, na ADPF 347, marcou um passo importante para uma atuação estatal baseada na Constituição, evidências e planejamento.

5.1 CRIAÇÃO

A ADPF 347, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), buscou o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema prisional brasileiro. Além disso, requereu a adoção de providências destinadas à melhoria das condições nas prisões e à diminuição do índice de encarceramento excessivo.

No ano de 2015, o STF considerou válida a intervenção judicial, dado o caráter estrutural do litígio e a omissão do Estado diante das violações massivas de direitos fundamentais. Dessa forma, concedeu medidas cautelares e reconheceu o ECI no contexto do sistema prisional.

De acordo com o egrégio Tribunal, o ECI manifesta-se através:

> (i) da superlotação e da má qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial; (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade; e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido. Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública.

No voto que conduziu a decisão, o ministro Luís Roberto Barroso, à frente do STF esclareceu que existem duas razões básicas que justificam a intervenção no tema. A primeira diz respeito à competência do Supremo em assegurar o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente quando se trata de um grupo vulnerável, frequentemente marginalizado e sem representatividade política, vide o artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal, *verbis*:

> XLVII - não haverá penas:
> 5.1.1 de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> 5.1.2 de caráter perpétuo;
> 5.1.3 de trabalhos forçados;
> 5.1.4 de banimento;
> 5.1.5 cruéis;
> XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com

> a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Uma segunda razão é que esta ruptura do sistema prisional produz um grave impacto na segurança pública, principalmente porque favorece o fortalecimento e a proliferação de facções criminosas que operam a partir das prisões e atingem toda a sociedade. Esta análise mostra a relevância do problema não só na área dos direitos humanos, mas também do ponto de vista da governação e da segurança social.

Desde que foi reconhecido o ECI, em 2015, o STF estabeleceu uma série de providências aos juízes e tribunais. Dentre elas, a obrigação de audiências de custódia - preferencialmente presenciais, com a finalidade de garantir a apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas após a detenção. Além disso, ordenou que a decisão de não aplicar medidas cautelares ou penas alternativas à prisão seja devidamente fundamentada, considerando a crítica situação do sistema carcerário. Outra determinação foi a liberação imediata e o uso irrestrito dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen). Essas medidas, embora necessárias, enfrentam desafios na implementação, especialmente diante da resistência de setores que lucram com a manutenção do sistema atual.

Sendo um processo estrutural e complexo, o STF enfatizou que a solução demanda colaboração entre instituições e engajamento social amplo. Essa abordagem deve ser desenvolvida em duas fases complementares: a primeira, focada no reconhecimento do estado de inadequação constitucional e na definição de objetivos; e a segunda, voltada para o detalhamento, a validação e o acompanhamento da execução das medidas propostas. Essa dinâmica flexível e dialogada reflete uma tentativa de conciliar interesses diversos, mas levanta questionamentos sobre a efetividade das ações em um sistema historicamente resistente a mudanças.

A Corte também responsabilizou os três Poderes da República pelo estado crítico do sistema prisional, atribuindo-lhes a omissão que permitiu a persistência das violações. Tal responsabilidade se estende à União, aos estados e ao Distrito Federal, o que levou o STF a ordenar a elaboração de um plano nacional, acompanhado de planos estaduais e distrital, para corrigir as irregularidades. Esses planos devem incluir indicadores específicos para monitorar a implementação das medidas, destacando a importância de um acompanhamento rigoroso e

transparente.

Quanto ao Plano Nacional, o STF decidiu que deveria ser elaborado pela União em colaboração com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas, a partir do CNJ, no prazo de seis meses a contar da decisão proferida, e sua implementação no prazo máximo de três anos. Enquanto o DMF/CNJ deve planejar as medidas judiciais, cabe à União o planejamento das ações executivas de cunho material. Essa divisão de responsabilidades visa assegurar uma gestão mais eficaz, mas pode gerar disputas sobre competências.

O Plano Nacional, após elaborado, será submetido a consulta pública e à aprovação pelo STF. A homologação da decisão, então, abrirá um prazo de seis meses para a elaboração, por parte dos estados e do Distrito Federal, de seus respectivos planos, em articulação com o DMF/CNJ, a União e os outros órgãos relevantes - com a participação da sociedade civil. Esses planos locais também precisam ser validados pelo STF, a serem implementados no mesmo prazo de três anos. A exigência de diálogo e transparência busca assegurar maior legitimidade às medidas, mas a efetividade dependerá da disposição política para enfrentar resistências históricas e culturais no sistema prisional.

5.2 JULGAMENTO

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o monitoramento do Plano Nacional para o sistema carcerário destaca a complexidade de lidar com as inúmeras deficiências desse setor. O sistema prisional brasileiro é, historicamente, um espaço de marginalização e violação sistemática de direitos fundamentais, agravado por falhas institucionais e pela omissão de autoridades competentes. Nesse contexto, a delegação ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) para supervisionar a execução do plano, sob a supervisão do STF, reflete a tentativa de estruturar um mecanismo de governança mais coeso. Ao órgão, cabe provocar o Tribunal em situações de descumprimento ou empecilhos institucionais insuperáveis, exigindo respostas concretas para questões críticas que impactam tanto os direitos dos presos quanto a segurança pública.

Além disso, foi definido que o STF assumirá a responsabilidade de solucionar impasses ou atos que demandem sua intervenção jurisdicional direta. A decisão consolidou a seguinte tese de julgamento:

O sistema prisional brasileiro enfrenta um estado de coisas inconstitucional, caracterizado por violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas. Essa situação exige a colaboração ativa de diferentes instâncias governamentais, instituições e da sociedade para desenvolver soluções sustentáveis.

Nesse sentido, a União, os Estados e o Distrito Federal, em articulação com o DMF/CNJ, deverão elaborar e submeter ao STF planos específicos que priorizem o controle da superlotação das penitenciárias, a melhora da qualidade das vagas e a gestão eficaz da entrada e saída de presos, seguindo as diretrizes estabelecidas no voto condutor.

Como parte dessa reforma, o CNJ será responsável por estudar e regular a criação de um número adequado de varas de execução penal, proporcional ao número de varas criminais e à população prisional. Essa medida busca equilibrar a gestão jurisdicional e o monitoramento das decisões no âmbito penal.

Para a elaboração do Plano Nacional, o STF estabeleceu diretrizes abrangentes e específicas. O plano deve seguir uma lógica estruturada de política pública, envolvendo múltiplos atores e abordando questões como a superlotação das unidades prisionais, o incentivo a alternativas penais e o aperfeiçoamento do controle de progressões de regime. Além disso, o plano deverá incluir indicadores precisos de monitoramento e avaliação, prever os recursos necessários e disponíveis para sua execução, e analisar os potenciais riscos envolvidos, sejam eles positivos ou negativos.

Em um sistema prisional que historicamente reproduz exclusão e desigualdades, as diretrizes e ações propostas pelo STF representam um avanço significativo, mas estão longe de ser suficientes por si só. A implementação efetiva dessas medidas dependerá de uma verdadeira articulação entre os diferentes níveis de governo, a sociedade civil e o setor judiciário, algo que, na prática, enfrenta resistência cultural e política. Sem o comprometimento genuíno de todas as partes envolvidas, as iniciativas correm o risco de perpetuar as mesmas falhas estruturais que tornam o sistema carcerário brasileiro uma das maiores crises de direitos

humanos da atualidade.

6 PLANO NACIONAL "PENA JUSTA"

6.1 PROCESSO DE CONSTRUÇÃO E DIRETRIZES PRINCIPIOLÓGICAS

O voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento de mérito da ADPF 347 faz um diagnóstico do sistema prisional em três eixos. Após essa delimitação, o Ministro apresenta os objetivos do Plano Nacional:

> i. o controle da superlotação carcerária;
> ii. a melhoria da qualidade das vagas e dos serviços a elas associados;
> iii. a redução de entradas indevidas, sobretudo para crimes de menor gravidade;
> iv. o aumento das saídas devidas e respectivas progressões de regime, de forma a assegurar o retorno ao convívio em sociedade e a segurança da última.

Com relação aos fundamentos, estabelece que o plano deve se basear nos preceitos da Constituição de 1988, além de considerar os pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como as Regras de Nelson Mandela, Regras de Bangkok e Regras de Havana, entre outros.

A partir desses objetivos e fundamentos gerais expressos no voto condutor, este capítulo é dedicado a apresentar as bases principiológicas norteadoras da construção do Pena Justa, bem como a metodologia de seu processo de elaboração, cujas etapas estão sendo desenvolvidas de maneira dialógica. Tais etapas visam fortalecer os diálogos interinstitucionais e a participação da sociedade civil na elaboração coletiva das melhores estratégias de atuação. Todas as contribuições recebidas ao longo do processo darão subsídios para a consolidação de uma versão final do Plano Nacional de Enfrentamento ao Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões brasileiras - Pena Justa.

As bases principiológica que norteiam a construção do Pena Justa giram em torno de quatro temas: (1) direitos humanos, (2) gestão pública, (3) ambientes de privação de liberdade e (4) parâmetros de environment, social and governance (ESG) e dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Quando aplicados ao sistema carcerário, estas bases ganham uma dimensão concreta e se desdobram em

diversos princípios que devem estar refletidos na estruturação do Plano Nacional para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucional.

6.2 EIXOS DAS PROBLEMÁTICAS

Os Eixos de atuação do Pena Justa foram diretamente extraídos do julgamento da ADPF 347, por meio do qual o STF indicou questões relevantes que afetam o sistema prisional. Foram elaborados, portanto, considerando os sucessivos estágios do ciclo penal, quais sejam: Eixo 1 - Controle da entrada e das vagas do sistema prisional; Eixo 2 - Qualidade da ambiência, dos serviços prestados e da estrutura prisional; Eixo 3 - Processos de saída da prisão e da inserção social.

Considerou-se, ainda, imprescindível a definição de ações voltadas à reparação e não repetição, que passaram a compor um quarto eixo: Eixo 4 - Políticas de não repetição do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional.

Por fim, dada a importância de um olhar voltado às populações negra e LGBTIA+, de migrantes, indígenas, quilombolas, povos e comunidades tradicionais,mulheres, pessoas em situação de rua, pessoas idosas, pessoas com deficiência e vivendo com HIV e outras doenças infectocontagiosas ou crônicas em privação de liberdade, o plano reconhece a situação de vulnerabilidade acrescida destes grupos. Para tanto, os Eixos de atuação buscam contemplar a experiência da privação de liberdade dessas pessoas dentro das suas ações e medidas planejadas.

7 CONCLUSÃO

O estudo abordou de maneira aprofundada o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) nas prisões brasileiras, em especial as do Rio Grande do Norte, um marco histórico que expõe as deficiências estruturais e sistêmicas do sistema penal do país. A análise final centrou-se no Plano Nacional Pena Justa, uma iniciativa estratégica destinada a corrigir tais deficiências e prevenir a reincidência de violações constitucionais, promovendo mudanças sustentáveis no cenário penal brasileiro.

A pesquisa utilizou metodologia baseada em revisão bibliográfica e análise de iniciativas semelhantes em contexto nacional. Os resultados revelaram o sistema

carcerário potiguar enfrenta desafios complexos, como a superação de respostas imediatistas, a promoção da reinserção social efetiva e a necessidade de engajamento da sociedade civil. Entretanto, os esforços convergentes de diversos atores sociais e institucionais indicam um momento promissor para avanços significativos.

Diante desse panorama, torna-se imperativo que medidas concretas sejam implementadas para enfrentar os problemas estruturais do sistema prisional, com ênfase na humanização das políticas penais, no fortalecimento da educação e saúde nos presídios e na reintegração social dos detentos. Nesse viés, o sucesso do Plano Nacional Pena Justa depende de uma abordagem integrada e colaborativa, envolvendo instituições públicas, sociedade civil e o sistema de justiça, como pilares fundamentais para a transformação estrutural.

É através de um esforço em conjunto que será possível reestruturar o sistema penal brasileiro, assegurando o respeito aos direitos humanos e fundamentais, prevenindo a repetição do ECI e promovendo uma justiça que efetivamente cumpra seu papel de reconstruir vidas e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 2005. **Lei n. 7210, de 11-07-1984: Lei de Execução Penal.** Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas. **Plano Pena Justa.** Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

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

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SISDEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN.** Ministério da Justiça e Segurança Pública: Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt- br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.** Inteiro acórdão. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/pena-justa/arquivos/acordam-adpf- 347.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2024.

CASTRO, Caio Felipe Cavalcante Catarcione de. **A ADPF 347 e o estado de coisas inconstitucionais no sistema penitenciário: a necessidade de superação da cultura do encarceramento nas prisões preventivas.** 2016. 90 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Controle Social) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

COLÔMBIA. Constituição (2004). **Sentença T-025/04 nº T-025, de 2004.** Corte Constitucional Colombiana. Colômbia, 2004. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** Tradução Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral: Esquematizado.** 4 ed. São Paulo: Método, 2011, v. 1. Disponível em: <https://oestudododireito.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/08/cleber- masson-direito-penal-volume-1-parte-geral esquematizado-4c2ba-edic3a7c3a3o- ano-2011.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, v. I. Disponível em: <https://direitouniversitarioblog.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/02/greco- rogc3a9rio-curso-de-direito-penal-vol-1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, v. II, p. 36. Disponível em: https://direitouniversitarioblog.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/02/greco-rog c3a9rio-curso-de-direito-penal-vol-2.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 4ª. ed. e atual. São Paulo: Impetus, 2017.

Rebelião mais violenta da história do RN tem 26 mortos, diz governo. G1 Globo, Natal, 16 de jan. de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/rebeliao-mais-violenta- da-historia-do-rn-tem-27-mortos-diz governo.html>. Acesso em: 19 set. 2024.

SANTOS, Ívinna Ellionay Alves dos. **A corrupção e o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional estadual do Rio Grande do Norte: diretrizes constitucionais frente ao poder punitivo estatal.** Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

SOARES, Renata Araújo. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Portal Supremo Tribunal Federal, Brasília, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 20 set. 2024.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

REFLEXOS DO PACOTE ANTICRIME NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA: ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO E DOS DIREITOS DO PRESO

Gustavo Medeiros de Azevedo[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

O presente artigo visa contribuir para os estudos e um melhor entendimento a respeito de algumas alterações trazidas para o nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como pacote anticrime, e os impactos que tais alterações podem trazer ao livre exercício da advocacia, bem como aos direitos constitucionais. Um tema de grande relevância que será discutido com base em Leis e também na doutrina e jurisprudências, chegando assim à conclusão.

Palavras-chave: Pacote anticrime. Advocacia. Direitos constitucionais.

REFLEXES OF THE ANTICRIME PACKAGE ON THE PRACTICE OF LAW: LEGAL ANALYSIS IN LIGHT OF THE PREROGATIVES OF LAWYERS AND THE RIGHT OF PRISONERS

ABSTRACT

The present article aims to contribute to the studies and a better understanding regarding some changes brought to our legal system through Law No. 13,964 of December 24, 2019, known as the anti-crime package, and the impacts that such changes may bring to the free exercise of the practice of law, as well as to constitutional rights. A theme of great relevance that will be discussed based on Laws and also on

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: gustavomt1989@gmail.com
[2] Professor orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: jbmb@unirn.edu.br

doctrine and jurisprudences, thus reaching the conclusion.

Keywords: Anti-crime package. Advocacy. Constitutional rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como base as alterações jurídicas trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como pacote anticrime. Mais especificamente a alteração sofrida na relação de sigilo existente entre advogado e cliente no âmbito dos estabelecimentos prisionais federais de segurança máxima.

Como método de abordagem, foi utilizado o método dialético, buscando um diálogo entre as diferentes correntes que analisam o pacote anticrime e suas consequências para o exercício da advocacia, para que ao serem confrontadas essas ideias possa se chegar a uma conclusão final a respeito do verdadeiro impacto causado pelas reformas no nosso ordenamento jurídico.

Para a obtenção do resultado, foi utilizado o método histórico, buscando analisar quais os direitos foram conquistados pelos advogados ao longo dos anos, para poder exercer de forma plena a sua profissão e como ficam esses direitos após a implementação das reformas propostas pelo pacote anticrime.

Também foi utilizado o método comparativo, a fim de confrontar o que diz a Carta Magna de 1988 em relação ao direito de ampla defesa, com o que foi alterado no nosso ordenamento jurídico após a reforma, para concluir se esse direito permanece garantido ou se as alterações trazem algum prejuízo ao réu no âmbito do processo judicial penal.

A pesquisa foi realizada mediante análise das legislações vigentes, jurisprudências, bibliografias e doutrina, com vistas a apresentar conceitos e confrontá-los para que possa se chegar a uma conclusão, permitindo um amplo conhecimento acerca do tema em questão.

A partir desse ponto, no segundo capítulo, será demonstrado que existem diversas ações diretas de inconstitucionalidade impetradas junto ao STF, visando anular vários artigos da Lei que é objeto de estudo desse artigo, pois diferentes grupos da sociedade entendem que diversos artigos que constam na Lei ferem o que diz a

Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo, será feita uma análise dessa Lei, focando principalmente no ponto citado anteriormente e os reflexos que essa alteração poderá trazer ao exercício da advocacia.

O quarto capítulo abordará a história e os direitos do advogado, baseando-se na doutrina e na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, buscando compreender quais os direitos os advogados possuem para exercer livremente a sua profissão e se, a partir da vigência do pacote anticrime, algum desses direitos possa vir a ser violado ou mitigado.

No quinto capítulo será feita uma análise do direito de ampla defesa, garantido ao réu pela Constituição Federal de 1988, onde a partir dessa análise será possível chegar a um melhor entendimento a respeito desse direito para que a partir daí façamos um paralelo entre o direito de ampla defesa e a alteração trazida pelo pacote anticrime sobre a gravação da conversa entre advogado e réu.

Já o sexto capítulo terá seu enfoque no princípio do contraditório e no princípio de paridade de armas, existentes no processo penal, para que, ao entender esses princípios, possa se chegar a uma conclusão se, após a vigência do pacote anticrime, todas as partes envolvidas no processo penal estarão em igualdade, ou se alguma das partes será beneficiada no decorrer do processo.

Finalmente, será feita a conclusão do trabalho, a partir de uma análise crítica a respeito do pacote anticrime e os seus desdobramentos na sociedade, no ordenamento jurídico pátrio e no livre exercício da advocacia.

2 PACOTE ANTICRIME E SUAS ALTERAÇÕES

Logo nos primeiros meses do governo Bolsonaro, o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, altamente influenciado por um contexto de ascensão do populismo penal, apresentou o “Pacote Anticrime”, que era um anteprojeto de lei que trazia diversas alterações no âmbito do Direito Penal. Em dezembro de 2019, o pacote anticrime foi aprovado pelo Congresso Nacional e em seguida foi sancionado pelo Presidente Bolsonaro, transformando-se na Lei nº 13.964/2019.

Dentre os objetivos propostos para a criação do pacote anticrime, destaca-se o recrudescimento no tratamento daqueles que cometem condutas criminais repetidas, implicando a eles uma dificuldade maior para progredir de regime, como também

vedando a eles a concessão de liberdade provisória.

De fato, o pacote anticrime traz diversas alterações importantes e necessárias para a legislação penal que, se de fato não conseguirem diminuir a criminalidade e aumentar a qualidade do processo penal, no mínimo farão com que as penas impostas às pessoas que cometem crimes repetidamente sejam mais rigorosas, ou seja, o cidadão que costuma cometer crimes diversas vezes terá sanções mais pesadas do que o cidadão que o pratica uma única vez.

O ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, escreveu um livro para comentar a respeito das alterações trazidas pelo pacote anticrime e se mostrou favorável à diversas alterações, declarando inclusive que muitas delas já deveriam ter ocorrido há muito tempo, como pode-se perceber no trecho a seguir:

> o tempo máximo de cumprimento de pena foi adaptado à realidade atual, passando para 40 anos, sem que possa se falar em prisão de caráter perpétuo. [...] Elevaram-se certas penas de roubo e da concussão, além de se incluir o estelionato como crime de ação pública condicionada à representação da vítima. [...] Outros crimes, como a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima e o roubo com arma de fogo e também com arma de uso restrito ou proibido, foram incluídos na categoria de crimes hediondos. Há muito isso já deveria ter ocorrido. (NUCCI, 2019, p. 01 e seg.)

Em discordância ao doutrinador, o Conselho Federal da OAB mostrou oposição a diversos dispositivos trazidos pela nova Lei, afirmando que da forma com que foi redigida, vai de encontro a diversas leis federais, bem como à Carta Magna.

> [...] manifesta a expressa oposição do Conselho Federal da OAB em relação às propostas tal como redigidas relacionadas aos seguintes temas: execução antecipada da pena; execução antecipada das decisões do Tribunal do Júri; modificação dos embargos infringentes; mudanças no instituto da legítima defesa, em especial aos agentes de segurança pública; alterações no regime da prescrição; mudanças no regime de pena; mudanças ao crime de resistência; criação do confisco alargado; acordo penal; e interceptação de advogados em parlatório. (OAB, 2019, p. 8)

Após uma análise mais profunda dessa Lei e conhecer um pouco mais do que dizem alguns doutrinadores a respeito dela, fica evidente que traz diversas alterações que tendem a melhorar o direito penal e processual penal. Tais como a melhoria da investigação criminal e da capacidade operacional de órgãos públicos, a criação de um banco de dados biométrico, facilitando assim a identificação de criminosos, a possibilidade de destinação de bens apreendidos a órgãos de persecução e segurança,

tendo assim um melhor aproveitamento desses bens. Outra mudança que foi muito bem recebida, é que está expressamente previsto que será nula toda decisão carente de fundamentação, ou seja, toda decisão que o Juiz venha a tomar tem a obrigação de ser devidamente explicada, fundamentada, para que não se torne nula.

Entre todas as alterações propostas pelo pacote anticrime, uma em especial chamou a atenção deste pesquisador, a última citada no trecho retirado do texto da OAB e exposto anteriormente, sobre interceptação de conversas de advogados e réus em parlatório, e tornou-se foco principal do presente trabalho. A seguir exponho o trecho do pacote anticrime que promove tal alteração:

> Art. 11. A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.
> § 2º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário. (BRASIL, 2019)

Essa alteração trazida no art. 11 foi duramente criticada pela OAB e por vários juristas e operadores do direito, pois vai de encontro às prerrogativas do advogado e também ao direito constitucional de ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, conforme será exposto nos capítulos seguintes.

Em meio a tantas críticas e opiniões contrárias à essa mudança, surge como principal defensor dessa questão, o idealizador do pacote anticrime, o Ministro da Justiça à época da implementação dessa alteração, Sérgio Moro, onde por diversas vezes chegou a declarar que tal mudança era necessária para evitar que advogados servissem como meio de transmissão de ordens de bandidos presos para o mundo externo aos presídios. Tal argumento se junta ao fato de o indivíduo que cumpre pena em presídio federal de segurança máxima ter todos os seus meios de comunicação monitorados, exceto as conversas e reuniões com seu advogado.

3 A LEI Nº 13.964/2019 E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Lei 13.964/2019, vem sofrendo diversos ataques desde a sua criação, passando pela sua votação e aprovação, ao início de sua vigência e segue tendo diversos de seus artigos criticados até os dias atuais. Dentre os ataques sofridos pela Lei estão as ações diretas de inconstitucionalidade.

Para entender melhor o tema, é mister informar o que seria uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin). A Adin, é uma ação proposta ao Supremo Tribunal Federal para arguir a inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal ou estadual. Pode ser proposta pelo presidente da República, pelos presidentes do Senado, da Câmara ou de assembleia legislativa, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo procurador-geral da República, por partido político e por entidade sindical de âmbito nacional.

Dentre as várias ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra o pacote anticrime, quatro em especial merecem ser citadas no presente artigo, são elas: ADIN 6298, 6299, 6300 e 6305, pois, através delas, vários dos pontos mais controversos do pacote anticrime acabaram tendo a sua eficácia suspensa, em especial cito: a implementação do juiz de garantias, as mudanças no arquivamento de inquéritos, restrição dos juízes no acesso a provas e a possibilidade de relaxamento de prisão em casos de não realização de audiência de custódia no prazo de 24h após a prisão. Vale salientar que a decisão relacionada a essas suspensões foi tomada pelo Ministro do STF Luiz Fux de forma monocrática e permanecem até que o plenário do STF se reúna para debater a respeito de cada ponto.

Em sua sentença, o Ministro Luiz Fux, relator das referidas ADINs, justifica ponto a ponto o motivo de suspender tais efeitos do pacote anticrime. De forma geral ele cita que as alterações na organização do Poder Judiciário não competem ao Poder Legislativo, cita o grande aumento de custos que trariam essas mudanças, a falta de efetivo e a difícil logística em alguns locais do país para que se possa cumprir o prazo de 24h para realização de audiência de custódia, entre outros pontos que demonstrarei a seguir:

> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6299. RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX. DECISÃO MONOCRÁTICA MEDIDA CAUTELAR.
> [...]Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente

> híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição. De antemão, o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar que, "[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo", parece veicular a violação mais explícita ao artigo da 96 da Constituição. No entanto, em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. [...] Por sua vez, em uma primeira análise, a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade. Quanto ao primeiro grupo, percebe-se que os dispositivos que instituíram o juiz de garantias violaram diretamente os artigos 169 e 99 da Constituição, na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Sem que seja necessário repetir os elementos fáticos aqui já mencionados, é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, on-line)

Com base no que foi exposto, pode-se perceber que o pacote anticrime traz interpretações diversas quanto a constitucionalidade de diversos de seus artigos, ou seja, a necessidade de cumprir uma das promessas feitas em campanha pelo atual Presidente da República, que era a de trazer uma reforma no âmbito das Leis penais, fez com que a Lei nº 13.964 deixasse de observar vários pontos da Carta Magna de 1988 e terminou ferindo vários de seus ordenamentos.

Pegando como base o voto do Ministro Fux, também podemos interpretar que a implementação de câmeras em parlatórios para captar o áudio e o vídeo da conversa entre advogado e apenado pode gerar também um grande impacto orçamentário aos cofres da União, uma vez que, além dos gastos com a compra e instalação dos equipamentos necessários para realizar a gravação, também se faz necessário que sejam contratados mais trabalhadores para que esse equipamento possa ser operado.

Ressalto que, até o presente momento, o principal objeto desse trabalho, que é o art. 11 da Lei citada anteriormente, que torna possível a gravação de conversas entre advogado e cliente no âmbito dos presídios federais de segurança máxima, ainda não foi objeto de nenhuma ADI, muito embora tenha sido duramente criticado por vários juristas e doutrinadores, como também pela OAB.

4 ADVOCACIA – HISTÓRIA E DIREITOS

O exercício da advocacia é de suma importância para a sociedade desde os tempos mais remotos. O advogado era visto como uma pessoa de conhecimento notório, capaz de ajudar os cidadãos a resolverem os seus conflitos e terem os seus direitos preservados. Com o passar do tempo, as mais diversas civilizações e culturas foram moldando e construindo essa profissão, até chegarmos aos dias atuais.

Para se ter ideia da antiguidade da profissão, registra-se que uma das primeiras pessoas a exercer a profissão foi Jesus Cristo, quando impediu que Maria Madalena fosse apedrejada, utilizando-se da Lei Mosaica para tal. Desde esse tempo, a profissão veio em crescente evolução, ganhou grande destaque na Grécia, em Atenas, com o surgimento de grandes advogados, conhecidos pela sua retórica e poder de persuasão, tais como Demóstenes, Aristides, Péricles, entre outros. Após esse período, um outro que vale destacar é o Romano, pois foi em Roma que surgiram alguns conceitos que são utilizados até os dias atuais, tais como a não obrigatoriedade de comparecimento em juízo, ou seja, o poder de representação do advogado consolidou-se nessa época, pois era necessário um profissional capaz de patrocinar ações em nome de outra pessoa. Também foi em Roma que surgiu o termo "honorário" como sinônimo de remuneração, pois, naquele tempo, em vez de receber salário, o advogado recebia honrarias.

Já no Brasil, o primeiro registro que se tem da advocacia se dá em 1827, quando Dom Pedro I criou os dois primeiros cursos de Direito do país, um em São Paulo e outro em Olinda. Após esse evento, outro que merece destaque é a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, no ano de 1930, no auge da Era Vargas, momento em que a Ordem iniciou sua batalha contra as impunidades.[3]

Nos tempos modernos a advocacia é de fundamental importância para a garantia da justiça, resguardando assim os direitos da sociedade e fazendo com que esses direitos sejam respeitados. Para garantir o pleno exercício da advocacia, percebeu-se que era necessária uma lei que regulamentasse a profissão, onde nela fosse demonstrado quais as funções da profissão, seus limites e os direitos garantidos aos advogados para poderem exercer sua profissão de forma plena. Por esse motivo, em

[3] Jusbrasil. Disponível em: https://marciliodrummond.jusbrasil.com.br/artigos/218337057/dia-do-advogado-11-de-agosto-breve-historia-da-advocacia

4 de julho de 1994, o então Presidente da República Itamar Franco sancionou a Lei nº 8.906 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Atualmente, pode se dizer que, em virtude da sua profissão, o advogado necessita litigar contra órgãos diretamente ligados ao Estado, ou até mesmo contra o próprio Estado, e para que ele possa trabalhar de forma plena, foi preciso que ele tivesse algumas prerrogativas e direitos positivados em Lei, para coibir retaliações ou arbitrariedades que ele possa vir a sofrer por litigar contra alguém muitas vezes superior a ele. A respeito da questão das prerrogativas, Paulo Luiz Netto Lôbo nos mostra de forma bem clara e de fácil entendimento a sua opinião a respeito das prerrogativas:

> Se no passado, prerrogativa podia ser confundida com privilégio, na atualidade, prerrogativa profissional significa direito exclusivo e indispensável ao exercício de determinada profissão, no interesse social. Em certa medida direito-dever, e no caso da advocacia, configura condições legais de exercício de seu múnus público. (Lôbo, 1999)

A criação da Lei supracitada foi de fundamental importância para os profissionais da advocacia, pois, através dela os profissionais puderam ter seus direitos resguardados por uma Lei Federal, o que deu uma segurança maior para esses profissionais poderem atuar mais livremente, tendo seus direitos garantidos para o exercício da profissão. A respeito disso, comenta Acquaviva:

> Já se percebe que o advogado, "profissional indispensável à administração da justiça" (art. 133 da CF), usufrui, com inteira justiça, de prerrogativas que lhe permitem exercer, com liberdade, a profissão (Lei nº 8.906/1994, Estatuto da OAB, art. 7º, I) e, acima de tudo, proteger os direitos dos clientes, razão maior de ser, por sinal, das prerrogativas de seu defensor. (ACQUAVIVA, 2011, p. 23)

Analisando o Estatuto da Advocacia, percebe-se que uma das garantias do advogado vai totalmente de encontro à alteração trazida pelo pacote anticrime, no que diz respeito a possibilidade de monitoramento por áudio e vídeo no atendimento advocatício, pois, em seu art. 7º, o Estatuto dispõe que:

> Art. 7º São direitos do advogado:
> a. – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)
> b. - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem

> procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; (BRASIL, 1994)

Fazendo um comparativo entre o trecho supracitado e a mudança trazida pelo pacote anticrime, percebe-se um claro e evidente choque de normas, pois um garante o sigilo e a inviolabilidade da comunicação do advogado com os seus clientes, enquanto o outro traz a possibilidade de monitoramento do atendimento advocatício, mediante autorização judicial, indo de encontro à Lei que regulamenta o exercício da advocacia. A respeito desse conflito, o Conselho Federal da OAB se posiciona da seguinte forma:

> Trata-se, lamentavelmente, de mais uma norma violadora do direito de defesa e das prerrogativas profissionais dos advogados. O monitoramento da conversa entre o preso e o seu patrono não pode ocorrer nem mesmo com ordem judicial. Explica-se. Em primeiro lugar, a pretensa norma é inconstitucional. Isto porque a Carta Cidadã, em seu artigo 133, preconiza que o advogado é "(...) inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei". Já, a lei que rege o exercício da advocacia, Lei nº 8.906/94 - que pode ser considerada como a limitadora do exercício profissional -, assegura ao advogado o direito de comunicar-se reservadamente com seu cliente, ainda que preso e incomunicável (artigo 7º, III, da referida lei). Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, erigida à categoria de norma constitucional, dispõe que é direito do preso comunicar-se livremente e em particular com o seu defensor. Não bastasse isso, essa parte do projeto viola o artigo 5º, LV da Constituição Federal, eis que cerceia o direito à ampla defesa. Por outro lado, não se pode olvidar que o defensor tem o dever de sigilo profissional previsto no capítulo III do Código de Ética e Disciplina da OAB. Mais que uma imposição legal, portanto, é uma determinação ética, na medida em que o sigilo é uma condição elementar para que o advogado possa garantir ao cidadão, inclusive ao preso, o amplo direito de defesa em sua acepção constitucional. (OAB, 2019)

Ainda sobre a garantia do sigilo na comunicação entre advogado e preso, cabe salientar que Lei de Execuções Penais em seu artigo 41, inciso IX, garante ao preso o direito de "entrevista pessoal e reservada com o seu advogado".

Também pode ser citado como norma que garante ao preso o direito de comunicar-se livremente e em particular com o seu advogado, o Pacto de San José da Costa Rica, um acordo internacional de Direitos Humanos, que foi recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico como norma Supralegal, ou seja, está hierarquicamente inferior à Constituição e superior às Normas Infraconstitucionais. O Pacto traz em seu artigo 8º, inciso 2, alínea d: o "direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;"

Vale salientar que o descumprimento à prerrogativa do sigilo na comunicação entre advogado e cliente ou qualquer outra prerrogativa da profissão, pode configurar crime de abuso de autoridade, conforme disposto na Lei nº 4.898/1965 em seu artigo 3º, alínea j, que define como abuso de autoridade qualquer atentado "aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional."

Portanto, conforme exposto até o presente, resta claro e evidente que ao permitir o monitoramento de conversa entre preso e advogado, ainda que única e exclusivamente no âmbito dos presídios federais de segurança máxima e somente mediante autorização judicial, se configura um ataque ao livre exercício da advocacia, como também um ataque ao direito dos presos.

5 DIREITO DE AMPLA DEFESA – UM DIREITO CONSTITUCIONAL

Fazendo uma pesquisa na história do direito, pude perceber que o direito à defesa é algo tão relevante e antigo, que tem os seus primeiros registros na Bíblia: "porventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que fez? (NOVO TESTAMENTO, 1978, p.188).

Avançando um pouco mais no tempo, chegamos à Roma, onde o direito romano consagrou um princípio que também serve como base para o direito a ampla defesa, utilizado até os dias de hoje, que seria: "*inauditus nemo damnari potest*", que significa: "nenhum não ouvido pode ser condenado", ou seja, é necessário que seja garantido o direito de defesa ao réu para que posteriormente ele possa ser condenado. Nos dias atuais, o direito à Ampla Defesa é um direito que está presente na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV. Esse dispositivo legal, garante a qualquer litigante o direito a ampla defesa e ao contraditório. A ampla defesa possibilita à defesa contradizer todas as alegações imputadas ao acusado, através de todo e qualquer meio de prova admitido, e ainda se resguardar do direito de recorrer. Assim diz a Carta Magna de 1988 em seu art. 5º:

> 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:
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Sobre o tema em questão, Ruy Barbosa Marinho Ferreira destaca:

> Ao falar se de princípio da ampla defesa, na verdade esta se falando dos meios para isso necessários, dentre eles, assegurar o acesso aos autos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas documentais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. O direito a ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidente sobre o processo. A garantia constitucional a ampla defesa contempla a necessidade de defesa técnica no processo, visando à paridade de armas entre as partes e, assim, evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdades e justiça. (FERREIRA, 2011, p. 44)

Esse direito deve ser analisado sob dois aspectos: autodefesa e defesa técnica. Pois cada um desses aspectos recebe qualificação distinta em nosso ordenamento jurídico.

A autodefesa é a possibilidade que o acusado tem de realizar a sua própria defesa dentro do processo, e essa defesa pode ser feita de duas formas: ativa, quando o mesmo responde a perguntas para se defender no decorrer do seu interrogatório; ou a forma passiva, que é quando o acusado permanece em silêncio.

Já a defesa técnica é aquela realizada por um profissional habilitado, uma pessoa que detenha o conhecimento jurídico necessário para esse fim. Essa pessoa pode ser um advogado constituído pelo acusado, um defensor público ou um advogado dativo nomeado pelo Estado. Caso o acusado não tenha condições de custear as despesas de contratar um profissional capacitado para realizar sua defesa, o Estado deve garantir um defensor a esse cidadão.

Leciona sobre o tema Nestor Távora:

> A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; (2) autodefesa (defesa material ou genérica) realizada pelo próprio imputado. A primeira é obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, "oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório", e no direito de presença, "consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo o momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas. Deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mãos dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes (art. 5º LV, CF), sendo, ademais, dever do Estado "prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º LXXIV, CF). (TÁVORA, 2014, p. 65)

Trazendo esse conceito de ampla defesa para o âmbito do processo penal, neste

também se mostra a extrema importância desse direito, pois, está previsto no artigo 261 do Código de Processo Penal que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". Portanto, se nenhum acusado pode ser processado ou julgado sem defensor, isso implica dizer que a ampla defesa deve ser garantida ao acusado.

A respeito desse princípio, manifesta-se Fernando Capez:

> Deste princípio também decore a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação de que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recursos, de sustentação oral, ou de manifestações de procuradores de justiça em segunda estância) obriga, sempre, que seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra. O Pacto Internacional de Direito Civil e Político em seu art. 14. 3, d, assegura a toda a pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela justiça quando lhe faltarem recurso suficiente para contratar algum. (CAPEZ, 2013, p. 66)

O objetivo de se ter uma defesa técnica no processo penal é o de manter um equilíbrio entre as partes (acusação e defesa), pois, na maioria dos casos, o acusado é um cidadão que não dispõe do conhecimento técnico necessário para realizar a sua defesa e, portanto, sem um defensor, estaria em condições desfavoráveis e desiguais no decorrer do processo.

Para reforçar a importância do direito de defesa do réu, é mister relembrar que, caso não tenha sido oportunizada a defesa a ele, esse processo é passível de ser anulado, daí se pode confirmar o quanto é importante esse direito no decorrer do processo legal.

A partir do entendimento do que é o direito de ampla defesa, podemos confrontá-lo com a alteração trazida pelo pacote anticrime, com relação à possibilidade de monitoramento da conversa entre advogado e cliente. Se ao réu é garantido o direito de ter uma defesa técnica e fazer uso de todos os meios de provas admitidos em nosso ordenamento jurídico e, se, por um acaso, a conversa entre determinado acusado e seu advogado tiver sido monitorada e nela houver sido traçada a estratégia de defesa, será que o Juiz desse caso, tendo conhecimento prévio da defesa a ser realizada, não iria decidir com uma opinião já formada, sem a possibilidade de ser convencido do contrário, uma vez que não serão apresentados fatos e argumentos novos para ele?

Estaria sendo respeitado o princípio da ampla defesa no caso suposto?

Tomando como base o fato de que o réu já é considerado parte hipossuficiente no processo por natureza, em relação ao Estado, levando em consideração que o Estado possui diversos órgãos bem estruturados e capacitados, tendo acesso a todo tipo de provas e informações que se possa imaginar, é de suma importância que o princípio da ampla defesa seja assegurado ao réu e que ele seja respeitado, sob risco de não termos efetivamente um processo justo.

6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS

O princípio da ampla defesa, do contraditório e o de paridade de armas estão intrinsecamente interligados. O princípio do contraditório também é garantido na Constituição Federal, assim como o direito de ampla defesa, citado anteriormente, e ambos figuram juntos no mesmo artigo e inciso da Carta Magna, já citado anteriormente. O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, obrigando que uma das partes tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária, dando a ela a oportunidade de contrariá-los. Ou seja, toda ação praticada por uma das partes dentro do processo, gera um direito de resposta da outra parte, por exemplo: se uma parte apresenta uma denúncia, à parte contrária é garantido o direito de apresentar uma defesa como resposta ao ato praticado contra ela.

O princípio do contraditório não foi inserido no rol de direitos fundamentais por acaso, ele foi consagrado como um dos direitos e garantias fundamentais devido a sua importância, uma vez que ele decorre do princípio democrático e da dignidade humana.

Devido ao fato de estar positivado na nossa Constituição Federal, o princípio em questão se irradia por todo o ordenamento jurídico, independendo de qualquer outra regra para sua aplicação imediata. Somado a essa questão, esse princípio, por ser constitucional, também garante que todas as normas infraconstitucionais que o desrespeitem não possam ser aplicadas uma vez que “O juiz não pode se limitar ao que o legislador infraconstitucional estabelecer devendo ater-se, principalmente, ao que foi estabelecido pela Constituição.” (MARINONI, 2010, p. 55)

Também sobre esse tema, nos ensina Carlos Eduardo Amaral de Souza:

> O processo deve seguir à risca o que a Constituição Federal para ele estabeleceu, principalmente no que se refere à tutela dos direitos

> fundamentais: imunizar e reparar, quando preciso, o direito [...] de acordo com os preceitos e valores inseridos na Constituição Federal. (SOUZA, 2008, p. 104).

Ainda a respeito do tema em questão, leciona Leonardo Grecco:

> O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. (GRECCO, 2010, p. 539).

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho resume o princípio do contraditório da seguinte forma:

> Torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que, se há direito à ação, para o autor, há também direito à defesa para o réu. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia ao constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais. Se para o autor da ação penal existe a garantia do direito de ação, para o réu há garantia de desembaraçar-se desta, dentro dos prazos legais. (CARVALHO, 2006, p. 143)

Já o princípio da paridade de armas estabelece uma igualdade de tratamento entre as partes, bem como uma igualdade de instrumentos de investigação. Também deve ser igualitária a relação do Juiz com ambas as partes, para que nenhuma delas possa exercer de forma superior uma influência na decisão judicial a ser proferida. Quando não se respeita o princípio da paridade de armas, por consequência deixa de se respeitar o do contraditório e o da ampla defesa, pois, suponhamos que à acusação seja dada a oportunidade de juntar uma prova ao processo, sem que seja dada igual oportunidade à defesa para se manifestar a respeito dessa prova, aí estariam sendo feridos os três princípios citados no início desse capítulo, o da paridade de armas, pois a acusação teria praticado um ato a mais que a defesa, desequilibrando assim o processo; o do contraditório, pois à defesa não foi dada a oportunidade de contradizer o que diz na prova em questão; e o da ampla defesa, pois à defesa não foi garantido a oportunidade de produzir todos os meios de prova admitidos, como por exemplo uma perícia em determinada prova para comprovar sua veracidade.

A respeito do princípio da paridade de armas, conceitua Luigi Ferrajoli:

> Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...), a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. (FERRAJOLI, 2006, p. 565)

Também a respeito do tema, contribuem Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

> Mas a igualdade não pode ser, evidentemente, somente formal: o correto enfoque da 'paridade de armas' leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser a substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo (dois réus, v.g.), seja para os que ostentam posição contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres). (GOMES E MAZZUOLI, 2010, p. 113)

Fazendo uma breve análise do princípio em tela e o trazendo para o processo penal, podemos perceber que ainda tendo todo o cuidado para que ele seja respeitado, a meu ver, ele não é tão eficaz para a defesa. Verificando a legislação vigente que trata do processo penal, percebe-se que: ao investigar um crime de alta complexidade, o Ministério Público, em conjunto com as forças de segurança, passa vários meses e até anos investigando um indivíduo, coletando diversas provas e depoimentos para enfim chegar a oferecer uma denúncia. Porém, para o advogado que vai defender esse indivíduo que é alvo da investigação, só é dado um prazo inicial de 10 dias para apresentar a sua defesa.

Outro fato intrigante e que deixa transparecer que não se respeita totalmente o princípio da paridade de armas dentro do processo penal, é a posição em que ficam os promotores nos Tribunais do Júri, que levam a população a julgar os crimes dolosos contra a vida. Nesse caso em específico, o promotor fica ao lado direito do juiz, em uma parte mais alta da sessão e, por diversas vezes, é nítido que juiz e promotor trocam diversas informações ao pé do ouvido durante o curso do julgamento. Longe de tudo isso, na parte mais baixa se posicionam o acusado e seu advogado de defesa. Para a população, de modo geral, o simples fato de o acusado estar em uma parte inferior na sala do Tribunal, já pode demonstrar um certo grau de culpabilidade, levando muitas

vezes o acusado a ser julgado e condenado previamente pelos que estão ali presentes. Vejamos, se o princípio de paridade de armas diz que ambas as partes devem ter igualdade dentro do processo, ou seja, as mesmas oportunidades de interferir e influenciar o juiz para que ele venha a tomar a sua decisão, é possível dizer que o acusado possui menos "armas" que a acusação, já que promotor e juiz têm uma comunicação muito maior entre eles do que o juiz com a defesa? Se o juiz tem a obrigação de ser imparcial, não seria mais correto que apenas ele tomasse um lugar mais acima, enquanto defesa e promotoria ficariam em um mesmo plano, para demonstrar essa igualdade que se deve ter no processo?

Diante do exposto até aqui, e conhecendo a alteração no nosso ordenamento jurídico realizada através do pacote anticrime, onde permite o monitoramento de conversa entre o advogado e seu cliente, no âmbito dos presídios federais de segurança máxima, chega-se aos seguintes questionamentos: Ao ter acesso prévio às conversas entre advogado e cliente, o Juiz estaria aplicando o princípio da paridade de armas? Pois, se ele não tem acesso à estratégia a ser adotada pela acusação em um caso qualquer, por quê pode então ter acesso à estratégia da defesa? Se em uma conversa monitorada for discutida a estratégia de defesa, sua tese, entre outras coisas ligadas à defesa e o Juiz souber disso antes da audiência, teria ele a possibilidade de já chegar na audiência convencido a respeito do fato e de repente com forte tendência a condenar o réu?

6 CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe diversos temas de grande relevância e que nos levam a refletir sobre diversas questões importantes. Baseando-me em tudo que foi pesquisado e exposto aqui, pude chegar a um entendimento mais aprofundado a respeito das dificuldades enfrentadas pelos advogados no exercício de sua profissão, dificuldades essas que, após a implementação do pacote anticrime, tornam-se ainda maiores.

O advogado é o profissional capaz de garantir a justiça à sociedade. Para tanto, é extremamente necessário que seus direitos e prerrogativas sejam respeitados, pois, sem os mesmos, dificilmente o profissional do direito poderá atuar de forma plena, e assim garantir os direitos dos que precisam recorrer-se a ele.

Neste trabalho foi possível conhecer a história da advocacia e entender a importância do advogado no papel de defensor dos direitos do indivíduo perante a

justiça. Também foi possível conhecer e compreender algumas alterações trazidas pelo pacote anticrime para o nosso ordenamento jurídico, bem como os ataques que várias alterações dessas vêm sofrendo tanto no judiciário quanto na sociedade como um todo.

É sabido por todos que, a população, de um modo geral, tem um olhar diferenciado quando se trata de advogado criminalista, pois, para boa parte da sociedade, o advogado criminalista se torna praticamente um marginal, uma pessoa sem caráter, um indivíduo de má índole, por defender pessoas que cometem crimes bárbaros, da forma mais cruel que se possa imaginar. Mas vejamos, se existem Leis para serem cumpridas, independente da crueldade cometida pelo indivíduo, esse merece ser julgado de acordo com a legislação vigente, tendo todos os seus direitos preservados. Para tanto, conforme positivado na nossa Carta Magna, se faz necessária a habilitação de um advogado para defender esse indivíduo. O fato de que muitas vezes o acusado é uma pessoa totalmente sem escolaridade, não conhecedor de seus direitos, torna ainda mais importante a presença e o auxílio do advogado no decorrer do seu processo. Quantas e quantas vezes vemos casos em que um inocente é condenado e passa vários e vários anos num presídio para depois ser comprovado que o mesmo não havia cometido o crime pelo qual foi julgado e condenado? Para que cada vez menos ocorram essas barbaridades, é extremamente necessário que o advogado possa atuar de forma plena e livre para poder levar a justiça aos que dela necessitam.

Além dos direitos e prerrogativas do advogado, foi possível conhecer mais a fundo o que dizem os princípios da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, o que me levou a refletir se de fato esses princípios são efetivamente respeitados em sua totalidade dentro do processo penal. De acordo com tudo que foi exposto a respeito desse tema, foi possível compreender que infelizmente, esses princípios não são respeitados integralmente dentro do processo penal, seja pela diferença de oportunidades de manifestação das partes no decorrer do processo, seja pela posição que as partes ocupam no decorrer do julgamento.

Também foi possível conhecer melhor o que significam as ações diretas de constitucionalidade e quais efeitos elas podem trazer a uma determinada lei. Através desse conhecimento, foi possível compreender que o tema principal de estudo desse trabalho, que é a possibilidade de monitoramento de conversas entre advogado e cliente, pode claramente ser objeto de uma ADI, uma vez que esse artigo fere o que diz a nossa Constituição Federal, sobre o direito a ampla defesa e ao contraditório, bem

como ao direito do preso de comunicação pessoal e reservada com seu advogado.

Tomando como base a alteração na Lei, que permite a gravação de conversa entre advogado e cliente e tudo que foi exposto nesse artigo, torna-se cristalino, a meu ver, que tal alteração além de cercear os direitos do preso, também o faz em relação às prerrogativas do advogado, o que por consequência acaba por desobedecer a nossa Constituição Federal. Ora, se a Carta Magna garante ao preso o direito de entrevista pessoal e reservada com o seu advogado, uma vez que essa conversa tem a possibilidade de estar sendo monitorada, ela deixa de ser reservada, portanto, tal alteração desobedece ao que diz a nossa Constituição.

Quando o estatuto da OAB, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, garante ao advogado o direito de se comunicar pessoal e reservadamente com o seu cliente, quando este estiver preso, ainda que considerado incomunicável, é justamente para garantir que esse preso possa exercer da melhor forma o seu direito de defesa. A partir do momento em que é permitido o monitoramento dessa conversa, se desrespeita totalmente os princípios citados anteriormente, pois, embora essa gravação não possa ser usada como prova para delitos cometidos anteriormente à entrada do preso no estabelecimento prisional, ela pode influenciar o Juiz a tomar uma decisão, mesmo antes do julgamento, pois já estaria sabendo das estratégias e teses da defesa.

Há correntes que defendem a implementação do monitoramento, que este se faz necessário para coibir a má atuação de alguns advogados que possam vir a trabalhar em favor do crime. Porém, creio que cercear direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, apenas por uma hipótese de algum advogado não atuar da forma com que se espera, é muito prejudicial à toda sociedade e abre um precedente muito perigoso. Vejamos, se uma simples suspeita de má atuação de um advogado for suficiente para cercear um direito constitucional, o que mais poderemos perder de direitos constitucionais daqui por diante? Uma simples Lei não pode alterar o que dispõe a Carta Magna e permanecer sendo eficaz, sob risco de a nossa Constituição tornar-se apenas um pedaço de papel escrito sem eficácia nenhuma.

Diante do exposto, pode-se concluir que o art. 11 da Lei nº 13.964/2019 além de ferir o Estatuto da Advocacia, é inconstitucional e deveria ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, pois uma Lei infraconstitucional não pode, sob hipótese nenhuma, cercear um direito fundamental constitucional.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **O Advogado Perfeito.** 2 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2011.

BÍBLIA. Português. **Novo Testamento.** Tradução: João Ferreira de Almeida. 1978.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Decisão monocrática em ADI, Partido Trabalhista Nacional e outros e Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-atereferendo.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 9 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de março de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Comentários a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** 1 ed. Leme: Editora Edijur, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos:** Pacto de San José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia.** 2 ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OAB. **Análise do Projeto de Lei Anticrime.** Brasília, Editora OAB, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

SOUZA, Carlos Eduardo Amaral de. **Nova visão do princípio constitucional do contraditório e seu papel no direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa (Art. 5º, XXXV, LIV, LV, e LXXVIII, da CF/88:** o princípio da cooperação no processo. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2008.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Penal.** 9 ed. São Paulo: Editora Juspodvivn, 2014.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES E LIMITES DO USO DA TECNOLOGIA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Hamanda de Medeiros Padilha[1]
Walber Cunha Lima[2]

RESUMO

Este trabalho busca analisar o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário. Para isto, propõe-se a evidenciar alguns dos mecanismos atualmente utilizados e delimitar o campo de aplicação desta tecnologia em contrapartida aos limites do ordenamento jurídico brasileiro. Utilizar-se-á metodologia qualitativa descritiva possibilitando uma análise mais subjetiva do tema, buscando descrever e analisar as tecnologias de IA já utilizadas pelo Poder Judiciário. O uso da IA pelo Poder Judiciário encontra-se regulado pela Portaria nº 271/20 que visa a utilização no processamento de dados, a automação de processos e apoio à elaboração de atos judiciais. O uso destas ferramentas, contudo, deve ser observado no contexto constitucional. Assim, o cerne do exercício judicial que é o ato de julgar é constitucionalmente conferido a um cidadão, o dever de decidir não deveria ser delegado a um algoritmo que apenas aplicará a vontade do legislador. Todavia, o uso destas tecnologias na economia e no impulso processual é válido considerando os mecanismos já utilizados pelo judiciário brasileiro. Portanto, a inteligência artificial demonstra ser aliada do Judiciário de forma a possibilitar métodos que facilitem as atividades dos órgãos tornando-os mais produtivos. Contudo, a celeridade não justifica transpor a Constituição Federal de forma que o uso deve ser limitado, quanto aos atos judiciais, aos que não sejam decisórios.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Poder Judiciário. Princípios constitucionais.

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: hamandapadilha@outlook.com
[2] Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE JUDICIARY: AN ANALYSIS OF POSSIBILITIES AND LIMITS TO THE USE OF AI IN JURISDICTIONAL ACTIVITY

ABSTRACT

This article intends to analyze the use of artificial intelligence by the Judiciary. Seeking for that, proposes to highlight some of the mechanisms that are currently used and delimit the spectrum of application of this technology that is imposed by the Brazilian legal system. A descriptive qualitative methodology will be used, enabling a more subjective analysis, seeking to describe and analyze the AI technologies that are already used. This matter is regulated by Ordinance nº 271/20 which aims to use it in data processing, process automation and support for the judicial acts. However, the use of these tools must obey the Constitution. Thus, the core of justice, which is the act of judging, is conferred to a citizen, therefore the decision should not be delegated to an algorithm that applies only the legislator's will. But the use of these technologies for the economy and for the procedural impulse is valid considering the mechanisms already used by the Brazilian judiciary. Therefore, AI proves to be an ally in order to enable Brazilian justice to be more productive. However, gains in time does not justify transposing the Constitution in such a way that the use must be limited, considering judicial acts, to those that are not decision-making.

Keywords: Artificial intelligence. Judiciary. Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade trouxe as mais diversas inovações para o corpo social. Algumas destas inovações são de natureza tecnológica e estão presentes na rotina diária dos indivíduos que a todo momento fornecem informações às bases de dados das empresas que as desenvolvem. É neste contexto que a alimentação constante destas bases com informações das mais diversas sobre o seus usuários possibilitou o desenvolvimento da computação cognitiva ou, mais comumente conhecida como inteligência artificial (IA). Esta *big data* é refinadamente processada de modo a gerar padrões de resolução que satisfaçam aos interesses do seu operador que obtém

respostas às suas indagações (Coelho, 2018, p. 2).

A IA, por sua vez, é um ramo das ciências da computação que visa a produção de *softwares* que buscam mimetizar a capacidade intelectual e de raciocínio lógico humano de modo a, inclusive, tomar decisões a respeito dos dados que lhes são apresentados. Esta possibilidade decorre justamente do fluxo constante de dados e informações coletados a todo momento originados da utilização dos mais diversos dispositivos tecnológicos por seus usuários (Barbosa; Portes, 2019, p. 11).

É neste contexto que diversas áreas do conhecimento humano estão beneficiando-se do uso das IA's visando uma maior celeridade e padronização de seus processos e resultados com predições mais precisas e fidedignas (Coelho, 2018, p. 4). A tecnologia é aliada de qualquer campo do conhecimento, afinal é propósito da ciência servir à sociedade, sendo assim, nada mais óbvio do que estas tecnologias servirem também ao Direito.

Atualmente, o uso das IA's nas carreiras jurídicas é bastante tímido de modo que a sua utilização concerne, principalmente, às atividades acessórias da prática laboral. No âmbito do Poder Judiciário, estas tecnologias estão caminhando para uma utilização mais abrangente, isto decorre principalmente da atual situação do Judiciário brasileiro.

É notória a morosidade com a qual efetua-se o exercício da atividade jurisdicional no Brasil. Consoante dados do relatório "Justiça em Números 2024" organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2024, p. 19), atualmente, aproximadamente, 84 milhões de processos judiciais encontram-se em tramitação. É sob esta égide que buscam-se ferramentas capazes de propiciar uma maior celeridade e economia processual na prestação jurisdicional, afinal, a razoável duração do processo é também princípio constitucionalmente positivado.

Todavia, é necessário questionar até que ponto a inteligência artificial pode ser usada no exercício da jurisdição. Afinal, a busca pela celeridade processual de modo arbitrário pode causar prejuízos aos princípios constitucionais sensíveis e que, de igual modo, regem os trâmites processuais e o próprio exercício da magistratura. É neste sentido, que faz-se necessária a realização do presente estudo de modo a elucidar as possibilidades e, principalmente, as limitações do uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário.

Assim, portanto, mister se faz a investigação científica com o fim de

delimitar o que pode ser objeto de utilização da computação cognitiva no âmbito do exercício da jurisdição e aquilo que indispensavelmente necessita de atuação de um ser humano diretamente. Afinal, a ausência de balizamento da temática pode acarretar uma utilização que extrapola os limites da legalidade contrapondo princípios constitucionais e ensejando mecanicidade ao exercício da magistratura.

As ferramentas de inteligência artificial não podem apresentar um óbice aos direitos e garantias fundamentais do cidadão que pugna pela tutela jurisdicional. Esta prestação adequada da tutela passa exatamente pelo julgamento realizado por magistrado devidamente investido na carreira consoante as normas constitucionais.

Ocorre que, editou o CNJ a portaria nº 271 de 4 de dezembro de 2020 (Brasil, 2020, p.1) que versa sobre o uso de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário. Dentre as diversas atribuições do órgão encontra-se a de "*prover soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais em geral*.". A redação bastante genérica apresenta, em primeira análise, uma possibilidade de utilização da computação cognitiva na função típica do Poder Judiciário que é o ato de decidir, julgar. É necessário que esta possibilidade seja analisada para que não represente uma mecanicidade dos órgãos judiciais que poderiam tornar-se meramente "máquinas decisórias".

A sociedade apresenta um dinamismo constante e que, consequentemente, contrapõe-se com o caráter rígido da norma jurídica. A computação cognitiva é um ramo que, apesar de décadas de uso, somente teve a sua utilização generalizada nos últimos anos. Considerando que o uso por parte do Poder Judiciário brasileiro não é uma prospecção, mas sim uma realidade, imperioso se faz que seja realizado o devido balizamento. Afinal, a atividade jurisdicional enquanto ato estatal é subordinada à legalidade mas, acima disso, à constitucionalidade que deve ser observada em todas as suas ações.

2 A INTERSECÇÃO ENTRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO

Em virtude da tradição brasileira em solucionar os conflitos de modo heterocompositivo atrelado ao advento do sistema PJe, as bases de dados no campo do Direito crescem exponencialmente. Além disso, some-se ao fato de que são ajuizadas em todo o país demandas que apresentam objeto de manifesta verossimilhança.

A recorrência observada acarreta um fenômeno: milhares de petitórios similares que, em decorrência da distribuição, encontram-se sob a competência de diversos juízos distintos. Há que se notar, contudo, que o nosso ordenamento jurídico adotou a Teoria do Livre Convencimento Motivado, assim sendo, magistrados ao longo do país podem deparar-se com demandas idênticas, mas encontrar soluções diametralmente opostas.

Esta fluida dinâmica do exercício jurisdicional brasileiro transforma, a todo momento, o litígio em dados. É neste ponto que insurge a confluência entre Direito e Inteligência Artificial.

Saliente-se, contudo, que esta associação não é das mais recentes como expressam Bragança e Bragança (2019, p. 67):

> Em uma análise retrospectiva, a I.A. no Direito por muito tempo se restringiu à edição de textos e construção de planilhas de dados. No início da década, o tratamento dessas informações era bastante incipiente e poucas ferramentas estavam disponíveis. Com os anos, esta tecnologia começou a ser inserida nos grandes escritórios de advocacia e trouxe avanços na classificação e gestão dos processos.

Conforme expresso, em primeiro momento, a utilização da computação cognitiva restringia-se à estruturação de dados. Todavia, como processo natural do crescimento das bases de dados em massa foi possível aplicar esta tecnologia da informação de modo a aumentar a sua especificidade e precisão. Afinal, todo algoritmo depende de elementos de informação que o ponham à prova, refinando deste modo a sua capacidade de resposta.

Na área jurídica, a utilização destas ferramentas tem seu cerne nas rotinas dos escritórios de advocacia onde possibilitaram a operacionalização e organização das demandas no ambiente de trabalho.

Entretanto, é ainda mais surpreendente a forma como estas tecnologias podem auxiliar o advogado no convencimento e sua comunicação com os clientes. Consoante retrata Andrade *et al* (2019, p. 5), o profissional e o seu constituinte podem ter divergências sobre a forma de se abordar determinada demanda judicial. Utilizando-se de ferramentas de IA, o profissional da advocacia pode facilmente apresentar estatísticas fidedignas que auxiliem ao cliente na sua compreensão da abordagem adotada por aquele a quem contratou.

Logo, o que se percebe é que estes mecanismos de computação cognitiva podem ter o potencial contrário do que o comumente difundido, ampliar a comunicação humana. Todavia, é necessário observar que a inteligência artificial vem sendo utilizada como ferramenta que assume protagonismo na prática jurídica ao invés de caracterizar função acessória.

É visando combater este uso indiscriminado que Coelho (2018, p. 5) propõe a incorporação de um princípio ao ordenamento jurídico brasileiro de modo a mitigar os efeitos que a mecanicidade dos algoritmos pode trazer à subjetividade da ciência jurídica. Este, por sua vez, seria o princípio do ato privativo que consiste na classificação dos atos procedimentais entre aqueles que são de competência privativa do jurista e os outros que não. Desta forma, a utilização das ferramentas de inteligência artificial restringir-se-ia aos atos não privativos que, em regra geral, dizem respeito às atividades-meio da prática jurídica.

Quando nos referimos ao Poder Judiciário a aplicação do princípio proposto parece ainda mais acertada considerando que os limites impostos ao exercício jurisdicional são aqueles abarcados pelo próprio texto constitucional e o poder/dever de julgar é concedido a um cidadão nos termos do art. 93, I da Carta Política (Brasil, 1988).[3] É que se deve considerar que as normatizações trazidas pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à temática devem ter, como qualquer norma *infra legis*, a constitucionalidade explicitada para que o respeito aos princípios que regem a jurisdição não sejam feridos. Sobre este aspecto, este trabalho desenvolverá mais adiante conjecturas cabíveis.

Em primeira análise, a inserção de um novo parâmetro principiológico aparenta ser uma medida exagerada, mas este pensamento surge da forma como muitas vezes observamos o arcabouço principiológico de um ordenamento jurídico como algo estático. Mas, nesse ponto é primordial questionar-se de onde surgem tais princípios senão da necessidade de interpretar a norma positivada por meio das lentes antropossociais de uma comunidade dando ao direito, assim, a capacidade de atingir a justiça. Assim sendo, não há que se falar em solidez absoluta dos princípios.

[3] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim sendo, o desenvolvimento da inteligência artificial trouxe novas possibilidades em diversos campos do desenvolvimento humano figurando entre estes, o Direito. Ocorre, todavia, que diferentemente do que se observa no campo das ciências objetivas, o direito depende da subjetividade para o seu crescimento e aplicação.

3 AS FERRAMENTAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER JUDICIÁRIO

Considerando o amplo uso da computação cognitiva no direito não causa estranheza a sua incorporação por parte do Poder Judiciário brasileiro. Considerada a massiva quantidade de processos judiciais que tramitam atualmente no país é decorrência natural a morosidade da prestação jurisdicional.

É observando isto que o Conselho Nacional de Justiça, cujo um dos objetivos principais é tornar a atividade jurisdicional mais célere, vem regularizando o uso de inteligência artificial pelos órgãos judiciais. Em razão disso, editou o CNJ a portaria nº 271/20 (Brasil, 2020)[4] de modo a definir a possibilidade de desenvolvimento de computação cognitiva no seio dos setores de tecnologia da informação do próprio judiciário.

Conforme indicam Bragança e Bragança (2019, p. 66), anteriormente à referida portaria, os dados a respeito das IA's já utilizadas detinham pouca sistematização de modo que as informações a seu respeito eram precárias e prestadas meramente por meio das assessorias de comunicação vinculadas aos tribunais. Em seu estudo, apontam ainda as autoras a preponderância do desenvolvimento da computação cognitiva por parte da região nordeste do país.

No contexto do desenvolvimento de computação cognitiva pelos diversos tribunais do país, o próprio Supremo Tribunal Federal detém ferramentas de inteligência artificial que operam importantes funções quando observada a extensão da competência de nossa Suprema Corte. Entre estas, estão a IA Victor e, mais

[4] Art. 1º A pesquisa, o desenvolvimento de projetos, o uso, a coordenação interinstitucional em matéria de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário são regulados por esta Portaria.
Art. 2º Cabe ao CNJ promover e incentivar os investimentos dos órgãos do Poder Judiciário em pesquisa e desenvolvimento de inteligência artificial.
Parágrafo único. São considerados como de inteligência artificial os projetos voltados a:
I – criar soluções para automação dos processos judiciais e administrativos e de rotinas de trabalho da atividade judiciária;
II – apresentar análise da massa de dados existentes no âmbito do Poder Judiciário; e
III – prover soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais em geral.

recentemente, a VitórIA. É válido destacar ainda a plataforma SINAPSES criada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia e que representou tamanha inovação a ponto de servir de base à sistematização da computação cognitiva pelo CNJ (Bragança; Bragança, 2019, p. 72).

Portanto, considerando a importância da análise das principais ferramentas de IA elaboradas pelo Poder Judiciário brasileiro, este estudo passará a descrever os mecanismos citados anteriormente de forma individual.

3.1 O PROJETO VICTOR

A competência recursal do Supremo Tribunal Federal é estabelecida conforme o art. 102, incisos II e III da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Em primeiro momento parece de diminuta abrangência quando observamos que as espécies recursais restringem-se ao recurso ordinário e ao recurso extraordinário. Contudo, dada a amplitude constitucional que as matérias de direito podem assumir, muitos são os litígios que atingem o patamar de discussão da Suprema Corte brasileira.

Mas, no âmbito do recurso extraordinário, além de ser matéria discutida em nível constitucional, é necessário ainda que o litigante comprove, como preceitua a Lei Maior, que esta apresente a característica da repercussão geral conforme o art. 102, §3º da Carta Política (Brasil, 1988). Sendo assim, diversos são os recursos que o STF rejeita ou devolve ao Tribunal de origem por tratar-se de matéria já amplamente discutida e pacificada em temas de repercussão geral.

Neste ponto, percebe-se que avaliar estes recursos a fim de enquadrá-los ou não no requisito de admissibilidade exposto acima demandaria muito material humano para decidir a respeito de litígio que pode sequer continuar tramitando na Suprema Corte. É com este intuito que elaborou-se o Projeto Victor.

Nas palavras de De Jesus Dias, *et al* (2023, p. 7622):

> O Projeto Victor se constitui numa ferramenta de inteligência artificial criada a partir da iniciativa do Supremo Tribunal Federal em parceria com a Universidade de Brasília, com objetivo de aplicar métodos de aprendizado de máquina (machine learning) para realizar o reconhecimento de padrões em processos jurídicos de repercussão geral levados à apreciação do STF.
> No campo processual, o Projeto Victor tem a finalidade de realizar o juízo de admissibilidade acerca da repercussão geral no âmbito da Suprema Corte, avaliando todos processos em sede de recurso extraordinário, bem como os agravos relativos a este instrumento jurídico, avaliando o cumprimento do

> requisito inerente ao art. 102, §3º da Constituição Federal de 1988.

Assim, a IA Victor demonstra ser uma ferramenta que, não somente auxilia o trabalho do Poder Judiciário como também propicia o respeito aos princípios constitucionais da celeridade, da razoável duração do processo e a segurança jurídica.

Preceitua Fredie Didier Jr. que, apesar do caráter decisório, o juízo de admissibilidade preocupa-se em interpretar os pressupostos processuais que, por sua vez, existem ou não. Logo, não há um amplo espectro de possibilidades de interpretação (Didier, 2010, p. 334).

Assim sendo, o robô Victor, além de uma ferramenta de manifesta utilidade para a atividade jurídica é também mecanismo que não descaracteriza o *animus* jurisdicional do Estado. Os requisitos de admissibilidade são como os pretendeu o legislador.

3.2 O PROJETO VITÓRIA

Conforme observou-se em notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) o Projeto VitórIA (nova IA da suprema corte brasileira) encontra-se em fase de testes antes de que venha a ser devidamente implementada na dinâmica de trabalho do órgão (Brasil, 2023).

A referida ferramenta de computação cognitiva denota ter o objetivo de analisar o processo quanto ao seu assunto e assim passar a agrupá-lo automaticamente às demandas similares propostas. Desta feita, as demandas com similaridade temática terão o mesmo tratamento considerando a possibilidade de reuni-las sob o mesmo tema (Brasil, 2023).

Neste ponto, esta ferramenta de inteligência artificial é capaz de otimizar um dos princípios basilares da atividade jurisdicional que é a segurança jurídica. O referido algoritmo VitórIA pode verificar a semelhança entre os processos que chegam ao STF e automaticamente aproximá-los de modo a dispensar-lhes prestação jurisdicional equânime (Brasil, 2023).

A segurança jurídica, entretanto, pode revestir-se de estagnação e isto contrasta nitidamente com a natureza dialética e inconstante do corpo social. De um lado, este princípio é garantidor da igualdade constitucionalmente prevista, por outro, a

previsibilidade pode estacionar função típica do Poder Judiciário (Marinotti; Fachin, 2023, p. 313).

É que delegar a uma ferramenta de inteligência artificial o ato de reunir processos em virtude de sua semelhança aproxima o conteúdo do ato judicial a um mero despacho sendo desprovido, por sua vez, de caráter decisório.

Isto porque os requisitos utilizados no sentido de reunir estas demandas pode basear-se em critérios que, em virtude da fluidez da sociedade, possam eventualmente não mais serem admitidos em razão do próprio interesse social comum. Este último, por sua vez, é objeto que deve ser observado pelo Estado estando incluso o Poder Judiciário (Maximiliano, 2011, p. 224-225).

Neste sentido, é necessário que a IA VitórIA, ainda em fase de desenvolvimento, não seja meio autônomo, mas sim ferramenta que propicie ao magistrado e sua equipe uma sugestão quanto à destinação da demanda apresentada.

3.3 A PLATAFORMA SINAPSES

Em contrapartida às ferramentas de computação cognitiva já devidamente avaliadas, a plataforma é uma espécie de ambiente de elaboração de compartilhamento de IA que foi desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Contudo, considerando a postura do CNJ em relação à implementação da computação cognitiva, esta plataforma tem atualmente abrangência nacional (Roque; Santos, 2021, p. 61).

A plataforma em questão também é amplamente utilizada para o aprimoramento do Processo Judicial eletrônico, o PJe, que apresentou eficiente inovação no âmbito do judiciário brasileiro.

A manutenção de um serviço desta natureza é de clara necessidade considerando que a atividade jurisdicional, enquanto função estatal, deve manter o controle sobre as tecnologias de IA nos limites da própria Administração Pública (Souza, 2022, p. 127).

De acordo com Bragança e Bragança (2019, p. 72), a plataforma apresenta ainda uma modalidade que auxilia o magistrado a determinar os próximos passos do procedimento. Esta configuração facilita o impulso oficial principalmente nos casos de alta complexidade.

No que concerne à ferramenta descrita é importante que se destaque o fato de ter sido desenvolvida e regulada pelo próprio Estado brasileiro no nível do Poder Judiciário. Afinal, o exercício da atividade jurisdicional representa um ato de soberania nacional. Neste âmbito é necessário que se analise a postura do Conselho Nacional de Justiça quanto à utilização de ferramentas de IA não apenas privadas, mas também estrangeiras.

4 O USO DO *CHATGPT* PELO PODER JUDICIÁRIO

A popularização do uso de ferramentas de computação cognitiva vem ocorrendo não apenas na esfera do Poder Judiciário, mas de modo amplamente difundido em todas as camadas do corpo social. Isto deve-se em grande parte à facilitação de acesso ao uso destes mecanismos por parte das empresas desenvolvedoras (Foletto, 2023, p. 79).

Entre as ferramentas mais comumente utilizadas está o *ChatGPT,* mecanismo de IA desenvolvido pela empresa OpenAI cujo motivo da popularidade é bem elucidado por Foletto (2023, p. 79-80):

> O impacto da circulação e da popularização do sistema criado pela Open IA se deu, sobretudo, pelo surpreendente domínio da semântica e da sintaxe em diferentes idiomas. A capacidade e a velocidade de criar textos coerentes, respondendo a comandos humanos (os chamados *prompts*), fez com que muitas escolas e universidades proibissem seus alunos de usarem o ChatGPT para a redação de textos diversos - ou criassem regras específicas, que viessem a estabelecer modificações nos sistemas de avaliações, trazendo o foco para a produção de perguntas a partir de supervisão de professores, por exemplo.

Devido à amplitude de sua utilização pela sociedade em geral,a discussão sobre a possibilidade de uso no âmbito do Poder Judiciário chegou à esfera de apreciação do Conselho Nacional de Justiça sob a forma do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) de nº 0000416-89.2023.2.00.0000 (Brasil, 2024, p. 1). A pertinente preocupação do autor do referido PCA, cujo nome encontra-se reservado em face de segredo de justiça, resta sobre a inconstitucionalidade de sua utilização ao observarmos o manifesto desarranjo do uso da ferramenta quando posto à prova de cláusulas pétreas como o princípio do juiz natural e a vedação aos tribunais de exceção insertas na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, é importante que se analise o uso desta ferramenta perante as diretrizes constitucionais. Afinal é isto que preceitua a própria Resolução CNJ nº 332/2020 que regulamenta o uso da IA pelos órgãos do Poder Judiciário (Brasil, 2020). O primeiro parâmetro que necessita de atenção é, inclusive citado pelo autor do PCA referenciado, a possibilidade de ofensa ao juízo natural.

Em termos constitucionais, o art. 5º, incisos XXXVII e LIII[5] da Lei Maior (Brasil, 1988) é garantia à sociedade brasileira de que a autoridade judiciária competente será a responsável pela resolução dos litígios em sede de heterocomposição. Sendo positivado enquanto direito fundamental é necessário que se atente para a inderrogável necessidade de este comando constitucional não ser desobedecido quando da utilização de inteligência artificial.

É que enquanto ferramenta genérica, afinal o *ChatGPT* não fora idealizado pelo Poder Judiciário ou sequer para ele, o mecanismo de IA não apresenta especificidade para a referida função. Além disso, não existe garantia de sua imparcialidade quanto aos interesses da empresa desenvolvedora. A atividade jurisdicional é exercício estatal não podendo ser delegada indiscriminadamente à ferramenta incerta.

Ademais, é necessário ainda observar que a computação no geral, e nisto inclui-se a computação cognitiva, é ciência regida pela objetividade. Na esfera jurídica isto pode significar a mera aplicação da lei ao caso concreto. Desta forma, consoante entendimento de Alves e Côrrea (2019, p. 5), a utilização de tais ferramentas pode representar ofensa ao princípio da separação dos poderes na medida em que a IA, em decorrência de sua configuração objetiva, apenas aplicaria a vontade legislativa ao caso concreto.

É necessário ainda observar que delegar inadvertidamente tal ato estatal de considerável magnitude como é o ato de julgar à *software* não apenas alheio ao Poder Judiciário, mas ainda elaborado por empresa estrangeira é um risco latente à soberania nacional. Isto é decorrência do fato de não existirem garantias que assegurem o uso seguro de tal ferramenta ou ainda que esta sequer observe o ordenamento jurídico brasileiro.

[5] 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:
[...]
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]
LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Neste ponto, é importante refletir que a referida ferramenta de computação cognitiva não é, por si, um instrumento de objetiva inconstitucionalidade. O seu uso é que deve ser criteriosamente regulado de modo que não se possa substituir a postura diligente do magistrado ao entender o *ChatGPT* como instrumento meramente acessório do qual a prestação jurisdicional não pode inteiramente depender.

5 A INFLUÊNCIA DA NATUREZA DOS ATOS JUDICIAIS NA UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O Código de Processo Civil brasileiro (Brasil, 2015), em seu art. 203[6], traz uma definição de extrema importância sobre os atos proferidos pelo Poder Judiciário (em especial o juiz singular) delimitando-os em duas grandes categorias: os atos decisórios e os atos não decisórios. Esta delimitação, por sua vez, apesar de contida no Estatuto Processual Civil é parâmetro de ordem geral no direito brasileiro. Desta maneira, torna-se evidente que nem todos os atos judiciais, consistentes em seus pronunciamentos, têm natureza decisória.

Esta dedução parece lógica quando entende-se que o papel do magistrado, ao exercer o poder jurisdicional do Estado, não resume-se a decidir. Para que sejam proferidas as decisões, é necessário que o processo se desenvolva em uma série de atos consecutivos. Dessarte, cabe ao Poder Judiciário, impulsionar a demanda em direção ao desfecho decisório.

Sendo assim, no que diz respeito aos atos judiciais despidos de qualquer caráter decisório, os despachos, a utilização de IA's não encontra obstáculo de grandes proporções. O que se observa na verdade é que os mecanismos de computação cognitiva podem favorecer a celeridade processual respeitando a constitucional missão da razoável duração do processo e a eficiência (Siqueira; Morais; Santos, 2022, p. 10).

Portanto, é perceptível que, quanto aos pronunciamentos judiciais no processo, o uso da inteligência artificial deve ser analisado em face da natureza do referido

[6] Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.
§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.
§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

pronunciamento. Diante de todo o exposto até aqui é evidente que o grande questionamento da literatura diz respeito ao uso destas tecnologias nos pronunciamentos judiciais de caráter decisório.

Sobre o tema, é preciso observar que a utilização nesta esfera já é realidade para o Poder Judiciário brasileiro. É o caso do Projeto Victor, ferramenta do Supremo Tribunal Federal analisada em ponto anterior deste estudo. A IA em questão realiza juízo de admissibilidade quanto à repercussão geral de recurso extraordinário interposto.

Todavia, é de se observar que o juízo de admissibilidade em questão é ato decisório amplamente orientado por dados ensejando, portanto, uma decisão revestida de grande objetivismo o que favorece o uso das ferramentas de computação cognitiva (Siqueira; Morais; Santos, 2022, p. 11).

Logo, não há que se falar em impossibilidade do uso das IA's em atos decisórios, mas é preciso observar a heterogeneidade das decisões de modo que uma decisão a respeito de matéria processual é revestida de maior objetividade que uma decisão de mérito que, por sua vez, necessita de um uso mais cauteloso destas ferramentas. A necessidade de cautela é gerada, principalmente, pela exigência de uma fundamentação concatenada como bem explicitado por Leonardo e Estevão (2020, p. 11):

> As leis processuais, tanto no âmbito cível como no criminal, estabelecem pela via da exclusão os parâmetros exigidos para que a decisão seja tida como fundamentada, como se verifica no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.964/2019, e no artigo 489, §2°, do Código de Processo Civil. Assim, não se tem como motivada, a título de exemplo, a decisão que não apresentar a relação de alguma reprodução ou paráfrase de ato normativo com a causa em julgamento, ou a que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem apontar sua relevância para o caso, ou a invocação de motivos genéricos, isto é, que se prestem a justificar qualquer outra decisão, ou também a que não enfrentar todos os argumentos apresentados no processo e que tenham potencialidade para infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou a que invocar precedente ou enunciado de súmula sem a necessária identificação dos similares fundamentos para a adoção de um ou outro.

Destarte, a grande problemática em torno do uso da IA para a confecção dos atos decisórios é que uma fundamentação baseada em dados processados por algoritmos não geraria fundamentos individualizados ao caso concreto prejudicando assim a motivação das decisões.

É necessário salientar que a questão suscitada é de sensível interesse constitucional, afinal a CRFB/88 (Brasil, 1988) insere em seu art. 5º, XXXVII a não

admissão de juízo ou tribunal de exceção[7]. A existência da norma encontra razão na necessidade da existência de competência anterior do juízo à formação do fato ou demanda a ser julgado. O direito fundamental em tela, por sua vez, tem relevantes desdobramentos para o âmbito criminal, desembocando, em última análise, no princípio da identidade física do juiz.

O princípio processual penal em análise suscita a pessoalidade na tomada de decisões ao definir que compete ao magistrado que presidiu a instrução, proferir sentença.[8] A norma decorre da sensibilidade do direito comumente posto em xeque no processo penal: a liberdade. Neste âmbito, é de relevante importância que o magistrado responsável pela instrução probatória decida sobre o caso concreto. Sendo assim, a utilização de inteligência artificial para efetivamente elaborar tal decisão poderia, conforme o exposto neste tópico, prejudicar o exame processual de forma individualizada.

Em acertada análise, Alves e Corrêa (2019, p. 24) concluem que a utilização da computação cognitiva serve mais para a delimitação objetiva das demandas do que a sua devida interpretação e julgamento. Este raciocínio impõe a centralização da atividade na cognição humana, delegando à IA aquilo que relaciona-se a dados passíveis de interpretação meramente objetiva e, portanto, compatíveis com a realidade algorítmica. Esta necessidade, por sua vez, estaria atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana que não pode encontrar obstáculos à sua persecução em uma ferramenta tecnológica capaz apenas de detectar silogismos e resolvê-los à luz dos dados nela inseridos.

É necessário, entretanto, compreender que a argumentação exposta não evidencia vedação ao uso de IA na produção de decisões judiciais, mas sim o seu protagonismo. As tecnologias de inteligência artificial podem ser utilizadas em diversas frentes, como é o caso da verificação de hipóteses de improcedência liminar do pedido, sugestão de minutas ou até identificar marcos prescricionais (Siqueira;

[7]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:
[...]
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[8] Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Morais; Santos, 2022, p. 7).

Respeitar o papel secundário da computação cognitiva na tomada de decisões é condição essencial para a sua utilização na elaboração de atos decisórios. Cabe, portanto, ao magistrado e à sua equipe uma minuciosa revisão do conteúdo produzido pela IA para que não perca-se de vista a individualidade do caso concreto e as necessidades do indivíduo que busca na atividade jurisdicional, a tutela de um direito (Roque; Santos, 2021, p. 74). Centralizar a atividade no uso da IA está em pleno desacordo com os limites impostos ao Estado pelos direitos e garantias constitucionalmente positivados.

6 OS EFEITOS DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Uma das preocupações do constituinte foi fixar no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da segurança jurídica. Esta afirmação encontra respaldo na proteção constitucional ao direito adquirido e à coisa julgada[9] bem como na competência do Supremo Tribunal Federal para a edição de súmulas vinculantes objetivando pacificar entendimento jurisprudencial[10] (Brasil, 1988).

Neste sentido, uma das principais ferramentas de manutenção da segurança jurídica é a formação de jurisprudência cuja definição adotada será uma das propostas por Rubens Limongi França (1971, p. 204):

> O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Portanto, o cerne da formação de jurisprudência é a interpretação da norma

[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:
[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[10] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

de modo a possibilitar a sua aplicação aos casos apresentados ao Poder Judiciário para a persecução de uma resolução. É, portanto, a análise crítica do magistrado que proporciona uma nuance dialética entre os fatos trazidos a ele e a letra fria da lei. É produto dos pronunciamentos judiciais decisórios a confecção das mais diversas decisões que conjuntamente formam a jurisprudência.

Considerando o amplo papel que a jurisprudência exerce na atividade jurisdicional do Estado é necessário analisar as possibilidades e problemáticas relacionadas ao uso da inteligência artificial na formação da jurisprudência.

Alves e Corrêa (2019, p. 6) alertam que o uso inadvertido destas tecnologias pode converter os órgãos judiciários em meros aplicadores da vontade legislativa, deturpando assim a autonomia do Poder Judiciário brasileiro e ferindo toda a sistemática de separação dos poderes. Em contrapartida, os autores apontam para o ativismo judicial gerado pelo caráter discricionário inerente à interpretação judicial que prejudica a segurança jurídica.

Há que se atentar ainda para um ponto de manifesta relevância: a insuficiência da norma. Qualquer sistema normativo elaborado no mundo, por mais extenso e complexo que seja, jamais pode pretender a previsão de todas as possibilidades fáticas. É dizer, o ordenamento jurídico não é capaz de englobar todos os casos apresentados a ele. Isto porque a norma jurídica naturalmente estática será aplicada em um corpo social dinâmico e mutável.

Em virtude destas lacunas normativas que Pereira (2020, p. 83) aponta para a necessidade do intérprete "*lançar mão do espírito do sistema para integrar a lacuna (formal)*", sendo este espírito representado pelos princípios e normas gerais do direito. Surge, portanto, uma clara incapacidade da computação cognitiva, a análise subjetiva daquilo que encontra-se omitido da sua base de dados devendo ser suprido por outras fontes do direito que não a norma e a jurisprudência.

O autor pontua ainda a problemática que a uniformização jurisprudencial baseada apenas em computação cognitiva poderia acarretar no campo político ao favorecer o totalitarismo conforme exposto (Pereira, 2020, p. 79):

> A substituição dos Tribunais e do próprio Tribunal Constitucional por um sistema informático será uma tentação para um poder político totalitário, que se serve do direito como instrumento de execução do seu programa de domínio e dispensa o juízo do decisor, bastando-se com a sua fiel obediência à «cópula» lógica do «se, logo». O problema da porosidade e fluidez da linguagem jurídica resolver-se-ia através de uma nova linguagem, com os sentidos das

> palavras (e de outros signos relevantes) inequivocamente codificados e uma "gramática pura" construída à imagem e semelhança das linguagens de programação informática e ao estilo de uma orwelliana Novilíngua jurídica.

Dessarte, é notório que uma das bases de um regime totalitário é o direito mas, primordialmente, a interpretação literal – nas palavras do autor, *orwelliana* – deste tornando a jurisprudência uma mera base de consulta hermenêutica. O uso acrítico da inteligência artificial, por sua vez, pode desencadear a propulsão de um ambiente passível de instalação de regimes totalitários se a figura do magistrado tornar-se mero administrador do órgão judicial aplicador não do direito, mas da computação cognitiva.

Diante do exposto, depreende-se que a utilização de computação cognitiva poderia propiciar a manutenção da segurança jurídica como agente uniformizador da jurisprudência. Isto porque, ao basear as suas respostas em informações insertas em uma grande base de dados há, consequentemente, uma padronização dos resultados por elas sugeridos.

Contudo, há que se salientar que a uniformização jurisprudencial, apesar de favorecer a celeridade e a razoável duração do processo, pode imprimir prejuízos à tutela jurisdicional que buscam os cidadãos. Isto porque a impessoalidade inerente à utilização das ferramentas de IA deturpa a necessidade de humanização do Direito, afinal esta não é, e nem pretende ser, uma ciência exata.

Ademais, conforme explicitado em momento anterior, é necessário reiterar que o uso destas tecnologias não restringe-se à produção de minutas, ao contrário disso, a utilização para este fim é apenas a atividade a ser exercida com mais cautela dentre as possibilidades existentes. A computação cognitiva pode favorecer a formação de jurisprudência ao ser utilizada, por exemplo, para facilitar a pesquisa de precedentes ou mesmo o acesso a estes, fazendo com que torne-se ferramenta de auxílio ao estudo que precede a elaboração de um ato decisório (Ordoñez *et al*., 2019, p. 45).

Logo, a formação de jurisprudência pode se favorecer da utilização das tecnologias de computação cognitiva de modo acessório à análise humana sendo fomentadora de uma jurisprudência uniformizada. Entretanto, a necessidade de pacificação não pode transpor o papel de transformação social que tem o direito (Alves; Corrêa, 2019, p. 21). Portanto, é imperioso que a formação de precedentes – e a sua consequente uniformização na forma de jurisprudência – tenha em primeiro plano

a necessidade de adequação da norma estática às necessidades da sociedade dinâmica por natureza o que, consequentemente, enseja a necessidade de cognição humana.

7 CONCLUSÃO

A utilização de mecanismos de inteligência artificial não é novidade no campo do Direito e a exponencial evolução desta área da computação abre um rol de novas possibilidades de aplicação. Em razão disso, estas ferramentas podem ser importantes aliadas de um Poder Judiciário inflado e moroso na persecução do direito fundamental à razoável duração do processo positivado em nossa Lei Maior.

Entretanto, como observado ao longo do presente estudo, a utilização da inteligência artificial deve encontrar respaldo nos ditames constitucionais de modo a não transpor o balizamento imposto pela Constituição Federal. Desta forma, não observa-se óbice à sua aplicação nas atividades administrativas do Poder Judiciário auxiliando o dia-a-dia das secretarias do órgãos jurisdicionais.

A utilização destas ferramentas, todavia, não é uma prospecção, mas uma realidade de modo que diversos órgãos jurisdicionais em todo o país têm trabalhado na elaboração de mecanismos de computação cognitiva. E, notoriamente, prefere-se isto à utilização de ferramentas criadas por empresas privadas que pouco, ou nenhum, compromisso tem com o estado brasileiro como é o caso do *ChatGPT* – questão que vem sendo discutida no CNJ.

Diante do exposto, seria ingenuidade tratar a computação cognitiva como algo que possa ser desentranhado da realidade contemporânea do direito brasileiro. No entanto, o respeito à separação dos poderes e proteção à dignidade da pessoa humana, bem como as lacunas existentes nas normas impõe diretrizes para o uso destas ferramentas.

Assim, resta evidente que o uso da inteligência artificial não deve assumir protagonismo nos atos decisórios considerando-se alto o risco de ferir preceitos constitucionais sensíveis. Todavia, o tratamento de dados propiciado por estes mecanismos pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado auxiliando na análise objetiva da demanda. É o caso, por exemplo, da utilização das IA's para detectar requisitos de admissibilidade nas demandas judiciais. Logo, o direito processual apresenta um espectro maior de possibilidades de uso do que a tarefa de

interpretação do direito material permite.

É dizer, à tecnologia não cabe julgar, pois há considerável desencontro com a própria competência constitucional dos órgãos jurisdicionais. Por outro lado, atos judiciais correspondentes ao impulso processual ao longo de suas etapas – quais sejam, os despachos – não estão diante da mesma barreira em face de serem esvaziados de qualquer caráter decisório.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; CAMBI, Eduardo. Interfaces artificiais e interpretação judicial. **Revista de Direito Brasileira: RDB**, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 5-27, maio/ago. 2019.

BARBOSA, Lucia Martins; PORTES, Luiza Alves Ferreira. Inteligência artificial. **Revista Tecnologia Educacional,** Rio de Janeiro, n. 236, p. 16-27, 2023.

BRAGANÇA, Fernanda; DA FPG BRAGANÇA, Laurinda Fátima. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 23, n. 46, p. 65-76, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário (org.). **Justiça em números 2024**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. 448 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário (org.). **Portaria nº 271, de 4 de dezembro de 2020.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. 7 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário (org.). **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. 11 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Coordenação por Aloysio de Brito Vieira. Brasília: Senado Federal, 2021.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 1994. Código de Processo Civil. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 2015.

COELHO, Alexandre Zavaglia. O uso de automação e computação cognitiva (robôs) na área do direito e a ética profissional. **Revista de Direitos e as Novas Tecnologias I**. Brasil, v.1, out/Dez 2018.

DE ANDRADE, Mariana Dionísio et al. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: O projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 1, 2020.

PROCEDIMENTOS de controle administrativo. Conselho Nacional de Justiça. **Migalhas.** Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/9769C290CD7A61_0000416-

89.202 3.2.00.0000_5617.pdf>. Acesso em: 9 set. 2024.

DIAS, Stephanie Almeida de Jesus et al. Inteligência artificial e redes de colaboração: O caso Victor, IA do Supremo Tribunal Federal. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 07, p. 7608-7635, 2023.

DIDIER JR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6, n. 6, 2010.

FOLETTO, Leonardo. Criação e cultura livre na era da inteligência artificial generativa. **Aurora. Revista de Arte, Mídia e Política**, v. 16, n. 48, p. 76-92, 2023.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da jurisprudência como direito positivo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 66, p. 201-222, 1971.

LEONARDO, César Augusto Luiz; DA FREIRIA ESTEVÃO, Roberto. Inteligência artificial, motivação das decisões, hermenêutica e interpretação. **Revista Em Tempo**, v. 20, n. 1, 2020.

MARINOTTI, Aléxia; FACHIN, Zulmar. A proteção do direito fundamental à segurança jurídica em face da automação da elaboração de minutas pelo sistema de inteligência artificial sigma. **Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina**, v. 12, n. 2, 2023.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ORDOÑEZ, Cristian Camilo et al. Sistema de Indexación de documentos Jurisprudenciales soportado en Inteligencia Artificial. **Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologias de Informação**, n. E22, p. 41-52, 2019.

PEREIRA, A. L. D. Inteligência Artificial na Decisão Jurisprudencial? **Jurismat - Revista Jurídica**, n. 12, p. 73–92, nov. 2020.

ROQUE, Andre; DOS SANTOS, Lucas Braz Rodrigues. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MORAIS, Fausto Santos; DOS SANTOS, Marcel Ferreira. Inteligência artificial e jurisdição. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 43, n. 91, p. 5, 2022.

SOUZA, Marcus Seixas. Ética e inteligência artificial no poder judiciário: comentários à resolução Nº 332/2020 do conselho nacional de justiça. **Civil Procedure Review**, v. 13, n. 3, 2022. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>. Acesso em: 9 set. 2024.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO DA NORMA PENAL

Helena Christina Brandl[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

A presente pesquisa pretendeu analisar a presunção de violência inserida no conceito de vulnerabilidade do tipo penal estupro de vulnerável, com base na análise das decisões pronunciadas pelos Tribunais Superiores. Buscou-se explorar se as ações que visaram à proteção absoluta foram as que mais se aproximaram do conceito de justiça ou se a determinação etária terminou por enrijecer os critérios de avaliação dos casos, causando, em certos casos, o afastamento do conceito absoluto da norma. Tratou-se de pesquisa explicativa, de cunho bibliográfico e documental, a partir dos métodos indutivo e qualitativo, baseada no exame de julgados que contrariaram o entendimento majoritário. Nos casos em que houve colisão de princípios igualmente importantes, as decisões tenderam para uma análise acurada do caso concreto, a fim de evitar formar cenário pior que do ato praticado.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Presunção absoluta. Presunção relativa. Natureza objetiva. Consentimento da vítima.

RAPE OF A VULNERABLE PERSON: ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE OBJECTIVE CRITERION OF THE CRIMINAL STANDARD

ABSTRACT

The present research aimed to analyze the presumption of violence inserted in the concept of vulnerability of the criminal type of rape of vulnerable, based on the

[1] Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: helenacbrandl@bol.com.br
[2] Mestre e Professor de Direito Penal do Cursos de Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: jbmb@uol.com.br

analysis of the decisions pronounced by the Superior Courts. We sought to explore whether the actions aimed at absolute protection were those that came closest to the concept of justice or whether age determination ended up tightening the criteria for evaluating cases, causing, in certain cases, the departure from the absolute concept of the rule . It was an explanatory research, bibliographical and documentary, based on inductive and qualitative methods, based on the examination of judgments that contradicted the majority understanding. In cases where there was a collision of equally important principles, the decisions tended towards an accurate analysis of the concrete case, in order to avoid creating a worse scenario than the practiced act.

Keywords: Vulnerable rape. Absolute presumption. Relative presumption. Objective nature. Victim consent.

1 INTRODUÇÃO

O Direito reflete as mudanças da sociedade e possui o papel de tutelar as relações sociais, delimitando as obrigações e as responsabilidades das partes envolvidas, em que a determinação dessas regras pelo Estado, é pressuposto para a organização social.

Nesta perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar o conceito de presunção de violência, inserido na figura de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, indicando decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, atinentes à temática, que apresentaram entendimentos divergentes da tese majoritária, desde o então vigente art. 224, “a”, do Código Penal, que por vezes consideraram a presunção de violência de caráter relativo, apesar da norma penal determinar de forma objetiva e absoluta a aludida presunção.

Assim, sob este enfoque, buscou-se analisar tais ocorrências, examinando-se por exemplo, se as ações que visaram à fixação da presunção absoluta de violência foram as que melhor trilharam o caminho da justiça, diante da prática de atos tipificados no artigo 217-A, enquanto cometidos contra menores de 14 (catorze) anos.

Noutro turno, pretendeu-se examinar se seria a determinação da norma, na sua forma absoluta, injusta e refratária à realidade social, por considerar o agente

culpado sem que lhe fosse oportunizado a produção de provas, ensejando decisões que afastam a aplicação da norma penal diante da análise do caso concreto, sob pena de se deflagrar situação mais prejudicial que a conduta praticada.

Assim o objetivo geral do presente trabalho foi analisar o conceito de vulnerabilidade inserido no tipo penal estupro de vulnerável que visou à ampliação da proteção das crianças e adolescentes menores de catorze anos.

Em relação aos objetivos específicos buscou-se examinar as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no julgamento de casos concretos, especialmente aquelas que decidiram contrariamente ao entendimento majoritário de ser absoluto o conceito de vulnerabilidade.

Diante disso, o que se deslindou a partir das pesquisas realizadas é que mesmo com a modificação trazida pela Lei 12.015/2009 que buscou dirimir as divergências quanto ao entendimento dos julgados, estabelecendo um critério objetivo para análise da figura típica, o debate ainda permaneceu em relação ao conceito de vulnerabilidade relativo à vítima menor de catorze anos.

A fim de destrinchar os motivos da discussão acima descrita, a presente pesquisa se realizou a partir do estudo explicativo, expondo casos de destaque que proferiram decisões contrárias ao entendimento acerca da presunção de violência nos crimes de estupro de vulnerável, abordando inicialmente decisão pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal e posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para o presente estudo, utilizou-se o método qualitativo e o método indutivo, ao priorizar a pesquisa jurisprudencial, selecionando julgados que ensejaram decisões contrárias quanto ao entendimento do referido Tribunal, além, empregou-se o método histórico de procedimento.

1. O CRIME DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.015/2009

O Código Penal de 1940 enquadrou o crime de estupro em seu Capítulo I, do Título VI – dos crimes contra os costumes -, (atualmente classificado no rol dos crimes contra a liberdade sexual), especificamente no artigo 213. Sua redação trouxe o seguinte texto: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, com previsão de pena de reclusão de três a oito anos. (BRASIL, 1940).

O referido Código também inaugurou o conceito de presunção de violência, caso tal crime fosse cometido contra menores de catorze anos, sujeitos classificados como vulneráveis. Conforme redação do artigo 224, "a": "Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos". (BRASIL, 1940).

Dessa maneira, a dita presunção de violência, nos crimes contra os costumes, praticados contra menores de catorze anos seria de caráter absoluto, não admitindo prova em contrário, em razão da determinação etária, que fixou o critério objetivo para se verificar a ocorrência do crime. Assim, mesmo que houvesse anuência da vítima, não seria possível afastar a presunção da violência praticada, visto que, nesta idade, este consentimento seria considerado inválido.

Da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), extrai-se o pensamento da época que ensejou a criação do tipo penal:

> O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.

Entretanto, com o passar dos anos e com o advento do acesso facilitado a informações de toda ordem, a realidade humana se modificou, alterando-se consideravelmente a dinâmica das relações, não se excluindo os questionamentos sobre o tema, quanto à presunção de violência para o tipo penal em análise.

Conforme aduz Rogério Greco (GRECO, 2011, p.654):

> A partir da década de 1980, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante no artigo 224, a, CP, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de catorze anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do código Penal, em 1940.

Sob essa dinâmica social, diversas discussões com enforque crítico foram levantadas sobre a determinação etária como referência para a conquista do discernimento sexual da pessoa. Sobre o tema discorreu Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho (CARVALHO, 2002, p.19):

> (...), todavia, fixa-se que, em um dado momento, ao alcançar certa idade, determinada por lei, a pessoa adquire capacidade para decidir, com

> liberdade, sua vida sexual, tornando-se válido o seu consentimento à prática do ato sexual e, por conseguinte, afastando, no caso do Direito Penal brasileiro, a incidência da presunção da violência configuradora do abuso da incapacidade de resistência do menor por parte do maior que com ele teve relações sexuais. Não deixa de ser, a nosso ver, no mínimo extravagante pensar que em uma determinada data a pessoa adquire plena consciência da atividade sexual, não a possuindo, todavia, até a véspera da mesma.

Como se denota, passou-se a debater se a fixação etária seria critério adequado ou ainda, se estaria em conformidade com os avanços da sociedade ocorridos desde a inauguração do Código Penal brasileiro na década de 1940, a saber, se a aplicação da lei estaria acompanhando os anseios sociais que demandavam o clássico direito fundamental à liberdade em todas as suas formas, inclusive na liberdade sexual.

Assim, em razão dessa evolução sociocultural, tais debates que visavam à flexibilização de tal interpretação, terminaram por oportunizar decisões judiciais que relativizaram a presunção de violência nos crimes sexuais, quando envolviam vítimas menores de catorze anos, adaptando-se a lei ao caso analisado.

Diante dessa nova realidade, a fim de pacificar o entendimento sobre o tema, evitar decisões controversas e ampliar a proteção do tipo penal, a Lei 12.015/2009 acrescentou o artigo 217-A ao Código Penal, criando o delito nominado Estupro de Vulnerável, que buscou desfazer a celeuma sobre a presunção de violência, pois, a referida lei, incluiu o critério da idade (menor de catorze anos) no próprio tipo penal.

A objetividade jurídica aspirou à proteção da dignidade sexual das pessoas vulneráveis, menores de catorze anos, das pessoas deficientes mentais que não têm discernimento para decidir acerca dos atos sexuais, além da proteção das pessoas impossibilitadas de oferecer resistência.

Além disso, nos termos do artigo 1º, VI, da Lei 8.072/1990 – com a redação da lei supra mencionada, de instituiu o crime de Estupro de Vulnerável, tratou-se de crime hediondo tanto na sua forma simples quanto nas formas qualificadas.

No entendimento de Victor Gonçalves (GONÇALVES, 2011, p.27):

> A Lei n. 12.015/2009 abandonou o sistema de presunções de violência, que vigorava no regime antigo, e estabeleceu objetivamente como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no tipo penal, ainda que com seu consentimento. Se o agente sabia tratar-se de pessoa definida na lei como vulnerável não poderia manter ato sexual com ela. Se o fez, responde pelo crime.

Sobre o tema, acrescenta Guilherme Nucci (*apud* PECADOR, 2013, p.16):

> (...) o que se pretende é inserir, tacitamente, sem falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica no direito penal, pois atuava contra os interesses do réu-, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerando o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.
> Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida.

Para melhor compreensão da matéria, valemo-nos da Justificação ao Projeto de Lei nº 253/2004, originada a partir da CPMI sobre violência sexual e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes, que resultou na edição da mencionada Lei 12.015/2009 (BRASIL,2009):

> Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais.

Desse modo, com a criação do artigo 217-A do Código Penal, a violência deixou de ser considerada presumida, passando a ser considerada como condição de vulnerabilidade, entendida como um dado objetivo apresentado pela lei.

Entretanto, mesmo diante da constituição deste artigo, que estabeleceu a vulnerabilidade como sendo absoluta, decisões posteriores foram proferidas pelo Poder Judiciário, as quais o conceito absoluto de presunção cedeu, diante das condições do caso concreto.

Arrisca-se afirmar que isso decorre da discrepância quanto ao critério etário estabelecido pela lei em relação à realidade fática atual, que por vezes traz impasses até mesmo para os profissionais que assistem aos adolescentes nessas situação, como médicos e professores por exemplo, que diante do caso, legalmente considerado estupro de vulnerável - conforme preconizado nos artigos 13 e 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, devem notificar o Conselho Tutelar, sob pena de sofrerem

sanções legais se não o fizerem. (COSTA; TAQUETTE; MORAES; SOUZA; MOURA, 2020)

Sobre a mudança trazida pela Lei 12.015/2009, discorreu Guilherme Nucci (NUCCI, 2017, p. 965)

> A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009, eliminando a terminologia relativa à presunção de violência e inserindo o conceito de vulnerabilidade, num primeiro momento, parece ter colocado um fim a tal debate. Porém, assim não nos parece. Somente pelo fato de ter a lei assumido outra roupagem na descrição da presunção de violência, passaria a vulnerabilidade a ser considerada absoluta? Ter relação sexual com menor de 14 anos seria, sempre, estupro (art. 217-A). A cautela, nessa interpretação, se impõe.

Ademais, conforme acrescentou Nucci (NUCCI, 2017, p. 967), a referida lei não enfrentou a conceituação quanto à diferenciação entre criança e adolescente conforme modernamente foi introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Senão vejamos:

> Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.

Assim, apesar do dispositivo legal ter determinado critérios objetivos para a configuração do crime de estupro de vulnerável, verifica-se que não lhe faltaram críticas em que persistiram os debates sobre o conceito da presunção de violência, se absoluto ou relativo, nas decisões proferidas pelos Tribunais, pois, continuaram a variar, a depender das peculiaridades do caso analisado.

2. HABEAS CORPUS Nº 73662-9-MG DE 16/04/1996

Tratando-se da evolução histórica dos julgados que modificaram a compreensão sobre o tema, inicialmente, em 1996, apesar da jurisprudência consolidada com concepção contrário do STF, o então ministro Marco Aurélio Mello firmou entendimento no Habeas Corpus nº 73662-9, de relativização da presunção de

violência em crime ocorrido com menor de catorze anos, destoando do disposto no revogado artigo 224, do Código Penal, que atestava a presunção absoluta de violência.

De acordo com o voto, sua decisão exsurgiu-se do depoimento da vítima, em razão da evidência de que as relações sexuais haviam sido consensuais. A vítima, com doze anos à época, admitiu ter contraído relação sexual com o réu que tinha vinte e quatro anos, por livre e espontânea vontade.

Conforme expôs o ministro, tais informações serviram de embasamento para sua decisão. Senão vejamos:

> O quadro revela-se estarrecedor, porquanto ao constatar que menor, contando apenas com doze anos, levava uma vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra (...). Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo de modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. (...) Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos.

Sob esse pensamento, decidiu o supracitado ministro que:

> Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo (...)

Assim, na votação do Habeas Corpus pela Segunda Turma, a posição do Ministro foi de que a legislação deveria acompanhar a evolução dos costumes e para tanto, o intérprete da lei deveria adequar o texto normativo à realidade social, e não se valer da rigidez do Código Penal, cuja consideração particular foi de estaria ultrapassado frente à revolução comportamental ocorrida nos últimos tempos.

Destarte, defendeu que a presunção não seria absoluta diante do contexto que se apresentava, em que a vítima levava uma vida desregrada, possuía vários parceiros e que pelo seu comportamento, aparentava ter idade superior ao condizente aos seus doze anos.

Deste modo afastou a objetividade da norma, e firmou seu voto com base no comportamento da vítima que como afirmou, "levava vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo, relações sexuais com outros rapazes*".*

No mesmo julgamento, os ministros Maurício Correa e Francisco Resek acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio. Assim, os julgadores da Segunda Turma do STF decidiram pela concessão do Habeas Corpus, entendendo pela relativização da vulnerabilidade após a análise do caso concreto, apesar da defesa do Ministro vencido Néri da Silveira, que sustentou que o objetivo da lei seria a garantia da proteção social aos menores de catorze anos.

Indubitavelmente, este julgado foi responsável por influenciar posteriores decisões, pois abriu precedentes sobre a relativização da então absoluta presunção de violência prevista para o referido crime.

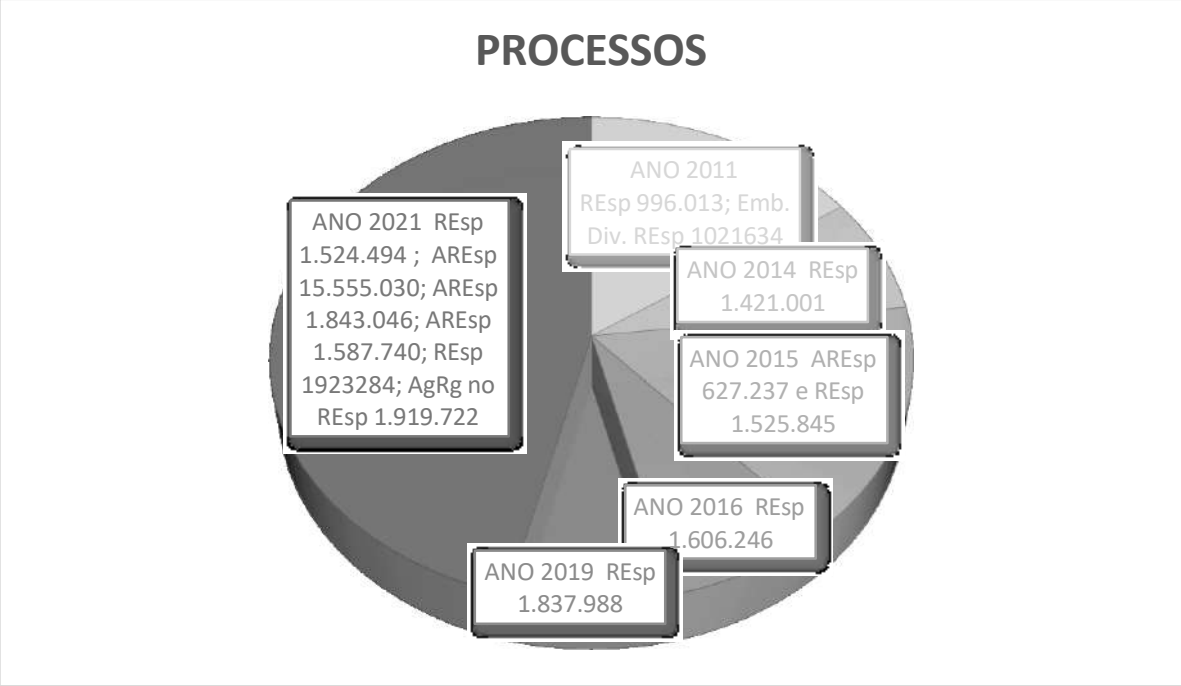
3. A VARIAÇÃO DAS TESES SOBRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS JULGAMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As discussões jurisprudenciais sobre o tema oscilaram com o passar dos anos e perduram até os dias atuais nos Tribunais Superiores. No que se refere aos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a ocorrência de divergência quanto ao entendimento do conceito de presunção de violência na aplicação do tipo penal. A Quinta Turma, por exemplo, que sempre proferiu decisões entendendo ser absoluta a presunção de violência, recentemente decidiu pela sua relativização, enquanto a Sexta Turma, já havia proferido decisões no sentido de que esta poderia ser considerada como relativa.

A partir das pesquisas realizadas no sítio do STJ, observou-se que o conceito absoluto de vulnerabilidade da vítima menor de catorze anos, não se pacificou, ao contrário, decisões proferidas em contrário ao entendimento majoritário tenderam ao aumento.

Desde o advento do artigo 217-A inserido pela Lei nº 12.015/2009, a presente pesquisa apurou treze processos no Superior Tribunal de Justiça em que a presunção de violência, inserida na condição de vulnerabilidade da pessoa menor de catorze anos foi desconsiderada, apesar de os fatos terem sido comprovados. São casos que trouxeram situações em que foram verificadas particularidades que impediram o

julgamento de acordo com o determinado pelo tipo penal. Vejamos:



Ademais, notou-se que no ano de 2021, houve grande aumento das decisões que contrariaram o entendimento majoritário, perfazendo cerca da metade, da totalidade dos julgados pesquisados entre o período de 2011 a 2021.

Daí depreende-se que a aplicação da norma penal exige cautela, em que esta não deve apenas ter a função de apontar uma realidade fática e chancelar os comandos do Estado, devem representar a concretude da justiça em sentido amplo.

Assim, embora a norma traga critérios objetivos, as decisões judiciais necessitam apoiar-se em princípio fundamentais, sob pena de se deflagrar decisões incorretas e por consequência, injustas.

A fim de melhor exemplificar, explorar-se-á alguns desses casos em que apesar da objetividade do tipo penal, a decisão proferida foi dada em sentido contrário ao entendimento majoritário do Tribunal.

4. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RESP Nº 1.021.634 - SP

O caso tratou de Embargos de Divergência que foram interpostos contra acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ cujo entendimento foi de que a presunção de violência seria de natureza relativa, ainda sob a égide do revogado

artigo 224, alínea a, do Código Penal.

Os ministros da Terceira Seção, acolheram por maioria, os embargos de divergência para julgar – no ano de 2011-, como relativa, a presunção de violência, nos termos do voto da ministra relatora. Foram vencidos os ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior.

Os ministros Og Fernandes, Marco Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) acompanharam a ministra relatora.

Em seu voto, a ministra Maria Tereza de Assis Moura, defendeu que apesar do dever do magistrado em tutelar os entes mais desfavorecidos, a sua decisão deveria sempre considerar as situações especiais da vida humana visto que, "não seria juridicamente defensável continuar preconizando a ideia da presunção absoluta em fatos como os tais, se a própria natureza das coisas afasta o injusto da conduta do acusado".

Diante disso, fez distinção entre o caso analisado e a situação em que o legislador, ao dispor o tipo penal, teve o objetivo de proteger; aqueles que não possuem a capacidade de consentir de forma segura acerca da prática sexual.

Nesse sentido, vale o destaque do voto do Ministro Og Fernandes, que acompanhou a ministra relatora quanto ao entendimento da relativização do conceito de presunção:

> Acho que o cenário, repito, que estamos a viver agora é parecido com o da letra da música de Raul Seixas, "Metamorfose Ambulante". Às vezes, é melhor não ter uma opinião formada sobre tudo e poder, em certas circunstâncias, relativizar ou interpretar os fatos de acordo com o tempo, a sociedade, os costumes de um determinado momento que não se ajustam a uma legislação que, nesse tema – veja-se, estamos a tratar aqui de crime de violência sexual, de costumes, de cultura, de um código que foi feito na década de 1940(...)

E concluiu seu voto afirmando que a relativização da presunção não implicaria, nesse novo cenário, na desconsideração da regra geral. Significaria dizer que a exceção, confirmaria a regra geral.

Ainda, em suas justificativas, a ministra relatora destacou a necessidade de compatibilizar o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que define como criança, indivíduo com até 12 (doze) anos e como adolescente, aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, que pode até mesmo responder por ato infracional.

E acrescentou por fim, que o Direito não se trata de uma ciência estática e por isso deve se ajustar às modificações da sociedade.

Finalizou o seu voto considerando como relativa, a presunção de violência, conforme abaixo transcrito:

> Dessarte, entendo que a decisão proferida pelo Tribunal a quo deve ser mantida, haja vista ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto, às quais os julgados desta Corte têm dado relevante atenção para fins de se configurar a presunção de violência. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam há algum tempo.

Nesse enfoque, observa-se a decisão da ministra tomou por base – *permissa venia* da licença poética -, a concepção rodriguiana "da vida como ela é", e que a imposição do conceito absoluto de presunção de violência do tipo penal ao caso, desconsideraria absolutamente os meandros da realidade analisada.

O que se denota é que apesar da imposição etária do Código Penal, o conceito de vulnerabilidade inserido no artigo 217-A, do Código Penal, no que tange aos seus limites, se torna fragilizado diante de certos casos, apesar da taxatividade do tipo penal. Isso porque "a vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão de estado ou condição da pessoa, diz respeito à sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade" (PRADO, 2010, p. 624).

Assim, percebe-se que em casos como o acima delineado, quando há colisão entre princípios igualmente assegurados pela Constituição Federal, apesar da necessidade da proteção integral da criança e do adolescente, revela-se a melhor solução, a avaliação do caso concreto para que não ocorram decisões injustas chanceladas pelo conceito da presunção absoluta da normatividade penal.

5. A SÚMULA 593/STJ

Conforme já explanado, a Lei 12.015/2009 inseriu o artigo 217-A ao Código Penal brasileiro, criando um novo crime classificado como Estupro de Vulnerável e revogando os artigos 213, 214 e 224, todos do CP. Diante disso a ocorrência de tal crime, que anteriormente era enquadrado nos artigos 213 c/ 224, a, CP, ou no artigo 214 c/c artigo 224, a, CP, passou ser enquadrado no artigo 217-A do CP.

Vale destacar que antes da criação da referida Lei, a presunção de violência de crimes contra os menores de catorze anos era tida como de caráter absoluto, diante do critério constituído para se verificar a ocorrência do delito.

Ainda assim, o tema ensejou decisões oscilantes sobre o tema e até então, alguns doutrinadores defendiam ser relativo o conceito da referida presunção.

Para dirimir as dúvidas quanto ao tema, o STJ, editou a Súmula 593, aprovada pela 3ª Seção do STJ em 25/10/2017 - DJe em 06/11/2017 -, que tratou do compêndio acerca do entendimento majoritário firmado pelo Tribunal em relação ao crime Estupro de Vulnerável, cujo texto é abaixo destacado:

> O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (STJ, 2017).

Com isso, buscou-se pacificar o entendimento de que a presunção de violência no crime Estupro de Vulnerável seria absoluta, bastando que o agente tenha tido a conjunção carnal ou praticasse qualquer ato libidinoso contra a vítima menor de catorze anos, devido ao tipo penal – artigo 217 A, CP - ter estabelecido condições objetivas e taxativas para a configuração do delito.

Em se perscrutando os precedentes que referenciaram a mencionada Súmula, mormente o Recurso Especial N. 1.480.881-PI (2014/0207538-0), verifica-se a preocupação do Tribunal voltou-se à proteção da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes, a fim de garantir-lhes um crescimento pleno e sadio.

A decisão do Tribunal ressaltou que o argumento da evolução da sociedade não deveria ser usado como fator antagônico ao dever de proteção a determinados grupos sociais, especialmente em relação às crianças e aos adolescentes que demandam maiores cuidados, devido às possíveis consequências ao seu desenvolvimento não só físico como psíquico, diante de uma tomada de decisão imatura.

Ao analisar o caso concreto, entendeu-se que a deliberação anterior dada em sentido contrário, adotou padrão de julgamento que em primeiro atribuiu-se responsabilização à vítima pela ação delitiva, a partir da análise do seu comportamento, para então partir-se para o julgamento do réu, o que nominou de *desvio teleológico da função de julgar* em que não caberia ao juiz decidir em contrário

ao estabelecido pelo legislador, que determinou a idade de catorze anos como limite para o livre discernimento para a iniciativa sexual.

Ainda, discorreu o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz que a jurisprudência e a doutrina não se alinhavam acerca do caráter absoluto da presunção de violência contida no artigo 224, CP revogado pelo artigo 217-A, CP, mas que a partir da vigência deste último, não se deveria haver mais dúvidas, devido à inclusão etária no próprio tipo penal.

Sobre a temática, a servir de base para o *decisum*, colacionou as ponderações do Ministro Felix Fischer nos Embargos de Divergência em Recurso Especial N. 762.044/SP, abaixo descrito:

> Ao impor um dever geral de abstenção da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psicoética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual." (Embargos de divergência desprovidos. (EREsp n. 762.044/SP, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª S., DJe 14/4/2010).

Assim, a partir do rito dos recursos repetitivos, o Tribunal assentou a tese de que:

> Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (STJ. 3ª Seção. REsp 1.480.881-PI, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/8/2015 - Info 568).

Diante disso, a fixação da tese supracitada culminou na edição da Súmula 593 do STJ, resumindo o entendimento do Tribunal sobre a temática, a servir de base para a orientação de toda a comunidade jurídica, objetivando o afastamento das teses que relativizavam o conceito de violência no tipo penal estupro de vulnerável.

Entretanto, vale destacar, que o estabelecimento desse conceito absoluto, contraria diversos princípios que deveriam servir como fundamentos tanto para o legislador na ocasião da criação do tipo penal como para a aplicação da norma pelos

magistrados ao caso concerto, que formam a base do Estado Democrático de Direito e foram adotados pela CF/88.

Nesse sentido, primordial é o respeito aos princípios garantidores da liberdade pessoal como o direito ao contraditório e à ampla defesa; do princípio da presunção de inocência do acusado e do direito fundamental à prova, em que o estabelecimento de uma condição absoluta, impede absolutamente o sujeito ativo de se defender da acusação a ele imputada, visto que as provas apresentadas não têm, de modo algum, relevância quanto à sua condenação.

6. O AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.555.030 – GO

O decisório abordado neste capítulo tratou de agravo contra a decisão que inadmitiu recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás que na origem, havia denunciado o réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, na forma majorada e em continuidade delitiva (arts. 217-A e 226, II, do CP).

À época, o réu com dezenove anos de idade e padrasto da vítima, então com treze anos, manteve com ela relações sexuais que por consequência, engravidou e deu à luz a uma filha.

O Ministro relator Ribeiro Dantas inicialmente destacou que, de acordo com a Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastariam o crime do art. 217-A do CP. Entretanto, ponderou que o caso concreto, possuía peculiaridades que impediam a aplicação do enunciado sumular.

Asseverou que houve continuidade do namoro entre o réu e a vítima e que, depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminou em seu casamento. Ainda, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que se formou uma unidade familiar, constituída livremente pela ofendida, quando possuía idade para consentir.

Diante dos fatos, defendeu que impor a pena de reclusão ao recorrido – foi condenado a uma pena de quinze anos, três meses e vinte e dois dias de reclusão - constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida, que já completara vinte e um anos, pondo sobre ela a "*hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido".*

O ministro relator acrescentou que:

> Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída.

Destacou ainda que o tema ainda incita discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência, apesar da criação do artigo 217-A, CP, que retirou o termo presunção do texto e da uniformização do tema com o advento da Súmula 593/STJ.

Prosseguiu discorrendo que o caso analisado guardava aspectos peculiares que exigiam resposta diferenciada e por não tratar dos mesmos aspectos elencados pela Súmula 593/STJ e acentuou que:

> Seguindo o alerta de DOSTOIÉVSKI, a realidade por vezes "desafia as mais engenhosas deduções e definições do pensamento abstrato - mais ainda: ela abomina as classificações claras e precisas que tanto nos agradam" (House of the dead. Nova York: E. P. Dutton, 1911, p. 306, tradução direta).

Desse modo, sustentou que não seria plausível solucionar o caso a partir do entendimento cristalizado pela referida súmula, conforme pleiteara o *parquet*, pelo fato de após a moça ter atingido a idade permitida pela legislação penal e civil, réu e vítima terem se casado e gerado um segundo filho, constituindo verdadeiramente uma família, que forma a base da sociedade e conta com especial proteção do Estado, conforme artigo 226, CF/88.

Ademais, levantou aspecto interessante, quanto ao papel da vítima no processo penal, evidenciando o protagonismo estatal, que tradicionalmente ocupa os espaços que pertenceriam à vítima, cerceando a sua vontade.

Interessantemente observou que no caso analisado, a intervenção do direito penal para punir o réu, causaria o rompimento de uma família voluntariamente constituída pela própria vítima sob a justificativa de protegê-la, privando da liberdade o seu ofensor, a quem, conforme ressaltou o relator, a própria ofendida, quando já maior e capaz, decidiu chamar de marido.

Apontou ainda que frequentemente no processo penal, a vítima serve apenas como meio de prova para que o Estado obtenha uma condenação. Nesse sentido, articulou que:

> Quando os desígnios do Ministério Público e os da vítima estão alinhados este problema prático é certamente menos intenso, mas há situações em que a pretensão do órgão acusador pode não corresponder exatamente aos anseios do ofendido - ou, como no presente caso, parecer contrariá-los frontalmente.

Concluiu afirmando que não deveria o processo penal ignorar a vontade da vítima, pois como destacou, tratou-se do julgamento *da vida de quatro pessoas que chegaram ao Tribunal disfarçadas de autos processuais,* em que a condenação a uma pena tão severa, acarretaria terríveis consequências, os quais seriam privados da convivência diária por tão longo período e interromperia o projeto de vida daquele núcleo familiar.

Ressaltou ainda o ministro relator, que sua decisão, se fundamentou no fato de que a aplicação da pena contrariaria a finalidade da lei penal, qual seria, de tutelar os bens jurídicos de elevada importância para o convívio em sociedade.

7. O RECURSO ESPECIAL Nº 1.919.722- SP

Conforme se extrai das justificativas para a decisão proferida neste recurso, a análise quanto às peculiaridades do caso coibiu a mera subsunção da conduta ao tipo penal, afastando-se com isso, a aplicação da orientação firmada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo já mencionado - N. 1.480.881-PI - assim como o emprego da Súmula 593/STJ ao caso.

O caso referiu-se à condenação de um jovem de vinte anos a uma pena de catorze anos de reclusão como incurso no art. 217-A c/c art. 234-A, III, do Código Penal, em continuidade delitiva.

A defesa interpôs recurso de apelação cujo provimento fora negado. Ato contínuo, opuseram-se embargos de declaração que foram rejeitados.

Em sede de recurso especial, este não foi admitido em razão do óbice dos enunciados 283 da Súmula do STF e da Súmula 7 do STJ.

O agravo em recurso especial não foi conhecido pelo presidente do STJ, entretanto, distribuído à relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, este entendeu pela efetiva impugnação dos fundamentos da decisão ora agravada e pela relevância da temática, com a viabilidade de se fazer um *distinguishing* entre o REsp N 1.480.881/PI, julgado em 26/8/2015, DJe 10/9/2015 em sede dos recursos

repetitivos. Diante disso, o ministro relator converteu o agravo em recurso especial.

Conforme aqui já explanado, para a configuração do tipo penal estupro de vulnerável, é bastante que o sujeito passivo tenha menos de catorze anos, entretanto, perante a peculiaridade do caso analisado, o relator expôs a necessidade de examinar o caso não somente pelo ponto de vista do autor, mas também pelo ângulo da vítima.

Isso porque tratou o caso, de dois jovens namorados cuja relação tinha a aprovação dos pais da vítima em que sobreveio um filho e culminou na formação de núcleo familiar.

Em sua análise do caso, o ministro relator discorreu que:

> Nessa linha de intelecção, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.

Acrescentou que:

> Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.
> (...)
> Ora, as situações precisam ser sopesadas de acordo com sua gravidade concreta e com sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificadas particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

Sob esta vertente, o relator aduziu que a aplicação da norma penal ao caso seria absolutamente injusta e acarretaria uma violação muito mais grave de direitos e feriria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A proteção de um bem jurídico pelo Direito Penal deve ter por objetivo o alcance da paz social, que somente será alcançada através de uma proteção justa e eficiente por parte do Estado.

Diante da análise do caso concreto, assim como no exame das decisões que foram proferidas contrariamente acerca do entendimento majoritário firmado pelos Tribunais, o que se extrai é que as regras postas no ordenamento jurídico, muitas vezes não são capazes de regular todos os aspectos da vida humana, em razão desta ser muito mais ampla e apresentar situações diversas e não previstas pelo legislador na ocasião da criação do tipo penal.

Vê-se com isso, que as regras estabelecidas, vez por outra, não atendem a todas as demandas que a complexa vida humana propõe. Para tais situações, diante de razoável incerteza sobre a justa aplicação de uma norma, o próprio ordenamento jurídico autoriza que o julgador possa afastar a norma para se apoiar nos princípios, visto que para honrá-los, exigir-se-á a análise de um conjunto de comportamentos dos envolvidos no caso a ser deslindado.

Ao analisar os fatos característicos do caso, o ministro relator decidiu pela não aplicação da tese firmada no Recurso Especial n.º 1.480.881/PI, pela ausência de tipicidade material da conduta.

Ao estudar o caso, afastar a aplicação do precedente à situação *sub judice* e aplicar o instituto do *distinguishing*, pelo contexto fático não se enquadrar nos indicadores em que recai tal precedente, verificou que as particularidades do caso impediam que a decisão fosse proferida pela mera subsunção ao tipo penal.

De mais a mais, ressaltou que:

> De fato, a manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.

Sob esse raciocínio, destacou a necessidade de se analisar os princípios constitucionais ante a decisão, quais foram; a proteção da criança e do adolescente no que tange à sua dignidade e respeito; a família que é a base da sociedade e que merece proteção do Estado; a dignidade da pessoa humana defendida pelo Estado Democrático de Direito; a liberdade que é objetivo central da República, além da proteção da criança e do adolescente relativamente ao bebê do casal.

À vista disso, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca conclui que:

> Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio do Direito Penal relativo ao tema, é satisfazer as demandas sociais a partir da aplicação de uma legislação adequada à realidade contemporânea, tutelando o bem jurídico na exata medida, para proporcionar o melhor convívio humano à sociedade e por isso, a sua intervenção deve ser considerada apenas quando a conduta efetivamente for capaz de causar um dano à vítima.

Observou-se que a fixação de condições objetivas e taxativas para o tipo penal estupro de vulnerável visou à proteção da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes, a fim de garantir-lhes um crescimento pleno e sadio, visto que estes demandam maiores cuidados devido às possíveis consequências ao seu desenvolvimento devido à frágil capacidade de compreender as consequências do ato sexual.

Entretanto, a partir da análise dos julgados, observou-se que por vezes o julgador se depara com o desafio enfrentado pelo próprio Direito Penal, de, no intuito de tutelar o bem jurídico, interferir sobremaneira a ponto de causar dano maior às partes que a conduta praticada, ou, oposto a isso, se optar por flexibilizar a conduta praticada, admitindo o consentimento da vítima, deixar de proteger aqueles considerados vulneráveis que não possuiriam o necessário discernimento para oferecer resistência.

A inovação na redação do tipo penal acerca da fixação etária determinante da vulnerabilidade trazido pelo artigo 217-A, CP, apesar de ter suprimido o termo presunção de violência, que gerava grandes discussões sobre ser absoluta ou relativa, não fez cessar as discussões sobre o tema haja vista a dificuldade em se prever todas as nuances trazidas pelas mudanças no comportamento da sociedade contemporânea e o que se pôde concluir é que as ações ocorridas no ordenamento jurídico acerca do artigo 217-A, CP, não foram suficientes para regular todos os aspectos que a vida humana impõe.

Assim, o que se denota é que apesar do dever do magistrado de tutelar o

direito dos entes mais desfavorecidos, a sua decisão deverá considerar as situações peculiares do caso sob análise, pois, repisa-se, as regras postas no ordenamento jurídico, nem sempre não são capazes de regular todos os aspectos da realidade humana em razão da imprevisibilidade dos acontecimentos perante a evolução da sociedade.

Portanto, é plausível aplicar-se o afastamento da norma penal a certos casos, especialmente nas situações em que seria demasiadamente injusto punir o agente - por crime hediondo - aplicando-lhe uma pena desproporcional ao dano causado à vítima, sendo imprescindível a apreciação dos casos, tomando-se por base os princípios fundamentais, não podendo tolerar-se a presunção dos fatos principalmente dos que possam acarretar prejuízos ao acusado, conciliando-se na medida, com os princípios constitucionais, mormente o da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4 dos crimes conta a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1425 p.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2009). Projeto de Lei do Senado Nº 253,2004 nº 253, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. **CPMI - Exploração Sexual 2003**. Brasília, DF, Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro.

BRASIL. Stf. Habeas Corpus nº 73662-9. Paciente: Marcio Luiz de Carvalho. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Serviço de Jurisprudência**. Brasília, 20 set. 1996. n. 1842-2. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Aresp nº 1587740. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. Brasilia, DF, 05 de fevereiro de 2020. Brasília, 18 fev. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=ARESP+1587740&data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Aresp nº 1843046. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, 03 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1843046&data=%40DTPB+

%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Aresp nº 1555030. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Brasilia, DF, 18 de maio de 2021. Brasília, 21 mai. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Aresp nº 627237. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Brasilia, DF, 11 de maio de 2015. Brasília, 14 mai. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=ARESP+627237&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. EREsp nº 1021634. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasilia, DF, 23 de novembro de 2011. Brasília, 23 mar. 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 996013. Relator: Ministra LAURITA VAZ. Brasilia, DF, 1 de março de 2011. Brasília, 10 mar. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&processo=RESP+996013&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1421001. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasilia, DF, 25 de abril de 2014. Brasília, 30 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1421001&data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1525845. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasilia, DF, 22 de maio de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1525845&data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1837988. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasilia, DF, 15 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1923284. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasilia, DF, 01 de julho de 2021. Brasília, 03 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1923284&data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1919722. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasilia, DF, 08 de julho de 2021. Brasília, 03 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1919722&data=%40

DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1524494. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Brasilia, DF, 18 de maio de 2021. Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Stj. Resp nº 1606246. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Brasilia, DF, 01 de agosto de 2016. Brasília, 05 ago. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1606246&data=%40DTPB+%3E%3D+20090501+E+%40DTPB+%3C%3D+20211105&b=DTXT. Acesso em: 07 nov. 2021.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual Presumida**: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor. 2002. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

COSTA, Simoni Furtado da; TAQUETTE, Stella R.; MORAES, Claudia Leite de; SOUZA, Luciana Maria Borges da Matta; MOURA, Miriam Peres de. Contradições acerca da violência sexual na percepção de adolescentes e sua desconexão da lei que tipifica o "estupro de vulnerável". Cadernos de Saúde Pública, [S.L.], v. 36, n. 11, p. 2-20, 18 dez. 2020. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00218019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos Crimes contra a Dignidade Sexual aos Crimes contra a Administração**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 232 p.

GRECCO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2011. 1120 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1315 p.

PECADOR, Hendel Maragno. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**: uma análise acerca da relativização da vulnerabilidade diante da decisão do eresp nº 1.021.634 ⁖ sp. 2013. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Unesc, Criciúma, 2013.

O DIREITO AO USO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANNABIS E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE

João Victor Oliveira de Santana[1]
Sandresson de Menezes Lopes[2]

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de estudar o direito ao uso de medicamentos à base de substâncias canábicas e sua relação com postulados da Carta Magna de 88, mais precisamente, os princípios da saúde e da dignidade da pessoa humana. Atualmente, grande parte do mundo possui uma visão preconceituosa sobre a maconha. Tal posicionamento é resultado de políticas públicas contra a droga iniciadas a partir 1920. Este proibicionismo, no Brasil, embora justificado como controle da criminalidade, foi originado exclusivamente com o intuito de erradicar práticas da cultura africana dos inúmeros negros que, em período pós- abolição, permaneceram no país. Entretanto, a ciência evidencia que a planta urge efeitos eficazes no tratamento de inúmeras doenças cerebrais, sendo a principal matéria-prima que pode vir a tratar certos enfermos. Com isso, percebe-se a tamanha importância que o uso do medicamento com base canábica representa à sociedade num todo, sendo de obrigação do Estado em mecanismos que facilitem o acesso da sociedade a tal produto. Por fim, conclui-se que o direito ao acesso facilitado ao uso da cannabis medicinal não só é compatível com o direito à saúde e a dignidade humana, como deles também é oriundo. Para tanto, a pesquisa adotou a metodologia bibliográfica, de caráter indutivo.

Palavras-chave: Cannabis. Uso medicinal. Descriminalização. Proibicionismo.

THE RIGHT TO USE CANNABIS-BASED MEDICINES AND THEIR COMPATIBILITY WITH THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte

The present work has the objective of studying the right to use cannabis-based medicines and its relationship with postulates of the Magna Carta of 88, more precisely, the principles of health and dignity of the human person. Currently, much of the world has a prejudiced view of marijuana. This position is the result of public policies against drugs that began in 1920. This prohibitionism, in Brazil, although justified as crime control, was originated exclusively with the aim of eradicating African cultural practices of countless blacks who, in the post-abolition period , remained in the country. However, science shows that the plant urges effective effects in the treatment of numerous brain diseases, being the main raw material that may come to treat certain patients. With this, one can see the such importance that the use of cannabis-based medicine represents society as a whole, being the State's obligation to implement mechanisms that facilitate society's access to such a product. Finally, it is concluded that the right to facilitated access to the use of medicinal cannabis is not only compatible with the right to health and human dignity, but also comes from them. For that, the research adopted the bibliographic methodology, of inductive character.

Keywords: Cannabis. Medicinal use. Discrimination. Prohibitionism.

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde, em sentido amplo, compreende o objeto central do presente trabalho, sendo consagrado pela Carta Magna de 1988 sob a égide de direito social, o mesmo constitui-se no dever do Estado em implementar e efetivar políticas públicas que versem sobre o tema. O texto constitucional garante, em seu artigo 196, o acesso isonômico e universal às medidas que viabilizem ações, serviços e proteção para a efetividade do direito à saúde.

Nessa ótica, sob as diretrizes de que a saúde é um “direito de todos, e dever do Estado”, o Texto Constitucional passou a garantir a atuação estatal na elaboração de medidas sociais e econômicas que atuam na redução de riscos de doenças e outros agravos, tudo isso sob o crivo do acesso universal e igualitário por toda a sociedade (BRASIL, 1988).

Indubitável é que o direito à saúde é um postulado corolário ao princípio da dignidade humana, instituto central de qualquer ente federativo sob às premissas de

um Estado Democrático de Direito, sendo assim, fomentar a saúde, consequentemente, fortalece o amparo à dignidade da pessoa humana. Não obstante, enquanto de um lado, o amparo legal tenta promover tais ideias de maneira universal, de outro, percebe-se atitudes estatais que evidenciam totalmente o contrário, o descaso com tais institutos.

Estudos apontam que princípios ativos oriundos da cannabis logram efeitos positivos no tratamento de várias doenças, como Alzheimer, Parkinson, transtorno de ansiedade, transtorno de espectro autista; além de aliviar sintomas de doenças cerebrais graves, como epilepsia e espasmos crônicos. Ademais, além de seu uso na medicina, a cannabis ainda é uma ótima matéria-prima para confecção de inúmeros objetos, como cordas, roupas e caravelas. Com isso, desde o ano de 2015, os números de interessados no uso das propriedades canábicas triplicou.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia ligada ao Ministério da Saúde, através da Resolução da Diretoria Colegiada n.º 17/2015, se posicionou sobre a possibilidade do uso de medicamentos canábicos no território nacional, não obstante, além do procedimento ser burocrático e moroso, condicionou seu uso exclusivamente para medicamentos importados, ou seja, para utilizar-se da matéria- prima da cannabis, o usuário terá que encomendar o medicamento pelo exterior, o que também tornou a possibilidade onerosa. Destaca-se que inúmeros países hoje, em suas respectivas legislações, permitem o plantio da cannabis para o uso medicinal, como Alemanha, Argentina, Canadá, Chile, Croácia, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Israel, Jamaica, Itália, Luxemburgo, Macedônia, Noruega, Países Baixos, Peru, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, San Marino, Turquia e Zimbabwe.

Isto posto, sabendo dos inúmeros benefícios proporcionados pela cannabis, chega-se à problemática que o trabalho pretende responder: tendo em vista o vínculo do uso de princípios ativos da cannabis com o direito à vida, sua proibição para plantio com fins medicinais, a alta burocratização e custo no procedimento de importação, representam ofensa aos postulados da saúde e da dignidade humana? Seria possível a legalização para uso medicinal no Brasil?

Para responder à pergunta, o trabalho adotou, como objetivo geral, um estudo sobre a cannabis e sua compatibilidade com postulados constitucionais. Como objetivos específicos, o trabalho logrou um estudo histórico sobre a cannabis no mundo e no Brasil; analisou o conceito dado ao termo “droga” e sua assimilação com a cannabis; averiguou o tratamento dado à cannabis na legislação internacional e

nacional; expôs a relação entre o princípio da saúde e dignidade humana com a possibilidade de plantio de cannabis com o intuito medicinal.

Com o intuito de fundamentar o trabalho, utilizar-se-á algumas coletas de informações através da técnica de pesquisas bibliográficas. Assim, a base do trabalho terá fundamento em materiais como doutrinas, livros, revistas jurídicas, pesquisas científicas e demais materiais que tratam da matéria. O método de abordagem a ser empregado será o indutivo, em que o investigador irá explorar um sistema contemporâneo delimitado da vida real (casos concretos), por meio da análise jurisprudencial.

2. UM ESTUDO HISTÓRICO SOBRE A CANNABIS

A relação do ser humano com a cannabis é um fato datado de milhares de anos atrás. É estimado que a planta em referência foi uma das primeiras ervas domesticadas pelo homem. De lá para cá, indubitável é o fato que tal laço apenas se fortaleceu. Percebe-se que a maioria das civilizações antigas da história tem relatados uso medicinal e recreativo da maconha.

"Entender a história dessa relação é muito importante para conseguir interpretar a cannabis como algo extremamente útil para civilização humana" alega Luciana Saddi e Maria Zemel (2021, p. 11). Assim, nesse primeiro capítulo, o trabalho irá demonstrar um estudo histórico da cannabis, sua proliferação pelo mundo e seu vínculo com a saúde humana.

Primeiramente, a maconha, cujo nome cientifico é cannabis, é um gênero vegetal angiosperma que abrange três espécies diferentes, quais sejam, a cannabis indica, sativa e ruderalis, cada uma com efeitos psicoativos diferentes (CARNEIRO, 2019). O berço do termo "maconha" é em Angola. A palavra é uma flexão de outro termo, *ma'kaña*, cuja fonética é *makanha*, que significa "erva santa" (MEDEIROS, 2020). Seus benefícios, desde seu surgimento, vêm sido explorados para fins terapêuticos, medicinais e recreativos, e conforme dita Maria da Penha Medeiros (2020, p. 39):

> Através de estudos científicos foi-se evidenciado que maconha é a droga ilícita mais consumida do mundo e, de modo geral, é consumida pelas pessoas por várias razões, motivos e contextos diferentes. Entretanto, um ponto em comum ao uso de diferentes usuários são os efeitos psíquicos produzidos pela maconha: alteração das percepções de tempo, das cores, dos sons, euforia,

> sedação; prejuízo de julgamento; risadas constantes (hilaridade). Os efeitos físicos mais diretos são: vermelhidão nos olhos, aumento das pupilas, boca seca, fome, relaxamento, taquicardia (aumento de batimentos cardíacos), prejuízo temporário na memória de curto prazo.

Os primeiros contatos do ser humano com a cannabis são, provavelmente, pré-históricos. Isso ocorreu há tanto tempo que se torna difícil estimar o local e a época do acontecimento, haja vista ter ocorrido anterior à civilização humana ter desenvolvido a capacidade de registrar a sua história (DIEHL; PILLON, 2020). Sobre o tema, Milton Mussini (2012, p. 57) alude:

> Crescemos ouvindo diversas mentiras sobre a maconha. Propagadas por décadas, se tornaram tão enraizadas que ainda é difícil convidar alguém a se questionar sobre o assunto. A maconha ou cannabis, ao longo da maior parte da história da humanidade foi considerada de grande valia. Sua importância durou até o último século, quando se tornou alvo de leis racistas e higienistas que visavam limitar a liberdade de minorias étnicas. Os primeiros registros do consumo das sementes de maconha e seu óleo datam de cerca de 6.000 anos antes de Cristo, na China. [...] Também na China e na região do Turcomenistão foram encontrados tecidos feitos de cânhamo datando de 4.000 anos antes de Cristo.

Alguns especialistas chegam a levantar a possibilidade da cannabis figurar entre as primeiras culturas domesticadas pelo homem. Portanto, o cultivo e consumo da cannabis teriam nascido junto com a própria invenção da agricultura (SADDI;

ZEMEL, 2021). E já naquela época, a planta era utilizada para diversos fins tais como na confecção de materiais têxtis, papéis e materiais de construção; também era bastante utilizada para cultos e rituais religiosos e, principalmente, para remédios (CARNEIRO, 2019).

O primeiro registro que se tem do uso medicinal da cannabis data em 2.700 antes de Cristo, na China, e foi elabora pelo Imperador Shen Nong, conhecido como pai da medicina chinesa. Também criados da acupuntura, o imperador também era estudioso de fitoterápicos e da farmacologia e, à época, utilizava a cannabis para o tratamento de constipação, gota e reumatismo.

Nesse sentido, Zeca de Medeiros alega (2020, p. 108):

> A maconha (palavra de origem angolana) é uma das drogas extraídas de planta há mais tempo conhecidas pela humanidade. Os registros são remotos: em 4000 a.C; resquícios da planta foram encontrados no norte da China. Em 2723 a.C. o uso terapêutico foi mencionado em registros farmacêuticos no mesmo país. Na Antiguidade, os romanos valorizavam a planta principalmente por causa das resistentes cordas e velas para navio produzidas com sua fibra. Chegou à Europa somente no final do século XVIII e foi difundida na África e nas Américas. Até então, era utilizada principalmente por suas propriedades têxteis e medicinais.

Na Índia, são relatados o uso medicinal da planta para inúmeras doenças. Lá, o uso terapêutico transcendeu para a utilização da erva para fins religiosos, com o objetivo de "libertar a mente das coisas mundanas e concentrá-la no Ente Supremo" (GRAEFF,1989, p.123).

Na Europa, especificamente na Holanda, vestígios de pólen de cannabis em covas de um cemitério datando de 2.200 AC indicam os primeiros usos medicinais no continente (SADDI; ZEMEL, 2021). Assim, com a migração humana para regiões ainda mais distantes, a maconha foi espalhada ao redor do mundo, estando presente na maioria das civilizações ao longo da história.

O uso foi inicialmente disseminado por partes da Ásia e Europa, passando então para as civilizações mediterrâneas, espalhando-se por toda a África e pelos países Árabes. Por fim, até o século XVI o uso medicinal e industrial da maconha encontrava-se espalhado por todo o mundo. O avanço tecnológico e da navegação marítima propiciou a chegada da maconha no outro lado do atlântico. Nas palavras de Henrique Carneiro (2019, p. 66): "cordas, velas, roupas, dentre outros materiais feitos a partir da cannabis, a chegada dos colonizadores também representa a chegada da

planta no continente".

Nesse sentido, a espécie começou a ser utilizada pelo mundo, principalmente pelas suas fibras. O uso terapêutico, ritualístico e recreativo viera da cultura Africana decorrente do processo de escravidão. Os milhões de escravos trazidos ao longo de mais de 300 anos para todo o continente, principalmente para o Brasil, foram os principais responsáveis pela chegada do hábito e das variedades psicoativas da cannabis.

O consumo medicinal foi absorvido pelos indígenas nativos o que propiciou a disseminação mais rápida do hábito pela américa central. Após alguns séculos a maconha já se tornara uma espécie nativa e uma tradição de toda a américa. Alguns autores indicam o país da Índia como percursor nos estudos medicinais da cannabis, todavia, os primeiros registros são da Irlanda, através de William Brooke O'Shaughnessy em 1842, um médico que trabalhou durante muito tempo da Índia e adotou o costume local do uso da cannabis. John Clendinning, outro médico irlandês, em 1845 demonstrou que a cannabis era eficiente no tratamento de tosses, tuberculose, coqueluche, enxaquecas, dores nas juntas, gota e contra síndrome de abstinência de morfina através de estudos em humanos e em animais. Nessa ótica, destaca-se que na segunda metade do século XIX, já existiam mais de 100 artigos científicos sobre as propriedades medicinais da planta (MOSKOWITZ, 2018).

O avanço tecnológico no século XIX possibilitou o isolamento e sintetização de vários princípios ativos para a formulação de medicamentos, *ad exemplum* da morfina, da qual retira-se o princípio ativo para a aspirina. Os fitoterápicos, com isso, passaram a ser vistos como tratamento secundário, sendo os remédios comercializados priorizados. Pelo fato da dificuldade do isolamento dos princípios ativos da cannabis nesse período, a medicina daquela época passou a ignorar seu uso terapêutico (CARNEIRO, 2019).

Diante do que é ensinado por Milton Mussini (2012, p. 64):

> Diversas limitações ao uso e estudo da cannabis medicinal começaram a ser impostas. Foram criadas limitações ao uso terapêutico ainda no final do século XIX na Europa. A chegada do século XX e o surgimento dos primeiros acordos internacionais contra o uso de drogas possibilitou a globalização dessas limitações, e centenas de países se comprometeram a seguir as recomendações desses acordos

Sendo assim, os avanços nos estudos da planta na medicina passaram a ser barrados. Por inúmeros fatores distintos, a maconha passara a ser vista como uma droga. Racismo, interesses políticos e negócios milionários entre parlamentares e farmacêuticas fizeram com que o mundo todo passasse a enxergar a utilização da maconha, para qualquer fim, como algo marginalizado, o que fez nascer grande preconceito contra seus usuários.

3. O SURGIMENTO DA CANNABIS NO BRASIL

Como visto, foi-se evidenciado que o ser humano tem feito experiências com a cannabis há milhares de anos para com a saúde e subsistência. Com a popularização do uso para equipamentos de navios, a maconha chega no Brasil juntamente com o descobrimento do país, antes mesmo da federação ter sido nomeada oficialmente. As caravelas portuguesas tinham velas, cordas e trapos feitos com fibra de cannabis, o óleo das suas sementes era usado de vários modos, de sua fibra faziam-se as vestimentas, além de papel e outras utilizações (SADDI; ZEMEL, 2021).

Quanto ao consumo ritualístico, terapêutico e recreativo é trazido por escravos, principalmente angolanos, que sequestrados de suas terras natais, traziam sementes escondidas consigo (geralmente em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas). Ademais, navegadores portugueses que adquiriram o hábito em contato com a cultura das índias orientais contribuíram para a disseminação do costume (CARNEIRO, 2019).

Conhecida como diamba ou pito de Angola, a maconha, até as primeiras décadas do século XX, era fumada principalmente em rituais religiosos da cultura negra (MEDEIROS, 2020). Inicialmente o hábito não era visto como problema, pois a escravidão mantinha o uso restrito aos círculos sociais dos escravos.

Sobre o tema, Alessandra Diehl e Sandra Pillon (2020, p. 37) elencam:

> A cannabis era um recurso extremamente importante, especialmente como fonte de fibras para confecção de cordas e velas para navios. Para se ter noção, em 1785, o vice-rei do Brasil, Luiz de Vasconellos e Sousa enviou um ofício à Capitania de São Paulo pedindo encarecidamente que os agricultores plantassem maconha. Até 1880, pelo menos mais seis ofícios recomendaram o plantio.

Isto posto, antes de possuir a fama que atualmente detivera, a cannabis era

bastante popular para a elaboração de materiais para a cultura europeia, assim como nas ceitas religiosas para a cultura africana no Brasil, no final século XIX. “Entre 1500 e 1822, enquanto vieram um milhão de portugueses, vieram três milhões de africanos”, expõem André Barros e Marta Peres (BARROS; PERES, 2017, p. 11).

Assim com a crescente população negra e o início do processo de abolição da escravatura, a disseminação desses costumes africanos para a população geral ocorreu de forma natural. Tal fato ensejou no viés político certa preocupação com o risco de miscigenação das culturas. Assim, para manter o controle social, as classes dominantes do país criaram leis e outras formas de restringir os principais aspectos da cultura africana.

Saddi e Zemel (2021, p. 48) lecionam que:

> Não obstante, Câmaras Municipais do Rio de janeiro, em 1830, de Santos, em 1870, e de Campinas, em 1876, emitiram documentos visando à proibição do uso da maconha, buscando a restrição desse africanismo inconveniente para a classe dominante. Nessa época, cigarros de maconha ainda eram vendidos comumente, principalmente nas periferias das cidades. Seu uso crescia entre os brancos pobres, trazendo preocupação ainda maior à elite.

Ao longo do século XIX, a opressão e a violência se tornaram o principal meio de tentativa de controle social contra o uso da planta de modo recreativo. Todavia, tais práticas não erradicaram o costume de consumir a cannabis, pelo contrário, foi- se cada vez mais sendo disseminado o uso, tornando-se não mais restrito à comunidade africana, mas também comum aos indígenas, pescadores e, principalmente, nas classes pobres das periferias das cidades.

Com a disseminação do hábito do uso recreativo da maconha em 1900, vários grupos para o uso da planta foram sendo instalados pelo Brasil, conhecidos como diambistas. Ademais, várias músicas passaram a montar todo um folclore ao redor da maconha, o que a fez ainda mais popular (CARNEIRO, 2019). Com isso, movimentos conservadores passaram a recriminar o uso, haja vista sua associação com a cultura africana. Com o tempo, antes mesmo de uma definição científica para o termo droga, a cannabis passou a ser considerada como uma.

4. O CONCEITO DE “DROGA”

Ao longo do tempo, o conceito do termo droga vem sido analisado e debatido

entre membros da rede jurista, científica e medicinal. A definição de tal termo surgiu em 1993, apresentada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que teve como base a comunidade médica internacional e, inclusive, tal conceito se mantém na atualidade. A OMS, em sua definição, avalia o aspecto biológico e farmacológico das substâncias e, segundo o órgão, droga seria toda substancia que, uma vez administrada, altera o funcionamento biológico dos organismos vivos, causando mudanças fisiológicas ou de comportamento, devido à sua estrutura e ação química (FONTE, 2006).

Quando a substancia tem efeitos benéficos que superam os efeitos adversos, esta é considerada um fármaco, já quando tal substancia possui mais malefícios do que benefícios, é considera um agente tóxico (OMS, 2004). De acordo com a OMS, drogas psicotrópicas podem ser definidas como substancias que "agem no sistema nervoso central" produzindo alterações de comportamento, humor e cognição, possuindo grande propriedade reforçadora, sendo, portanto, passiveis de auto administração (OMS, 2004, p. 253).

Tal conceito foi adotado pela atual lei brasileira de drogas, Lei n.º 11.343, para a determinação do que seria droga, a qual é descrita como substancia ou produto capaz de causar dependência, conforme pode ser observado em seu Art. 1º, parágrafo único (BRASIL, 2006):

> Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Sob a ótica atual, encontra-se uma certa divergência entre estes termos arrolados pela biologia e pela lei, haja vista que para os cientistas há a compreensão de medicamentos como substâncias prescritas com recomendação terapêutica, de uso da medicina, já anteriormente estudadas e estabelecidas pela ciência (OMS, 2004). Alguns autores alegam tal divergência como resquícios do intento proibicionista em que a cannabis veio passando no lastro do tempo (MOSKOWITZ, 2018). Sendo assim, sugerem que drogas poderiam ser compreendidas como aquelas substâncias capazes de provocar dependência e que via de regra são comercializadas de forma ilegal e estão intimamente ligadas a algo danoso, ruim e perigoso (SADDI, 2021).

Dessarte, diante do pressuposto que a definição dada ao termo droga advém de um viés da Biologia, faz-se necessária uma pesquisa acerca do tema no âmbito Jurídico, de modo que conceituá-la e definir o seu termo é de suma importância para uma discussão política, jurídica, social e econômica, tanto quando para a biologia.

De uma visão legal, as drogas podem ser classificadas como lícitas e ilícitas, sendo lícitas aquelas que tem a sua produção e seu uso permitidos por lei, sendo liberadas para comercialização, como por exemplo, álcool, tabaco e medicamentos prescritos de forma legal. Frisa-se que o fato de ser liberado não significa que possa ser utilizado sem os devidos cuidados e controles fiscais, pois fato é que isso pode acarretar sérios prejuízos de saúde. Já as drogas ilícitas são as que tem a sua produção, comercialização e uso proibidas por lei, podemos exemplificar a cocaína, maconha e heroína (MASSON, 2018).

Uma vez trazida essa definição da ciência e da Lei n.º 11.343/2006, salienta- se a portaria Nº 344/98, da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que traz algumas definições também (BRASIL, 1998):

> Medicamento - Produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. Notificação de Receita - Documento padronizado destinado à notificação da prescrição de medicamentos: a) entorpecentes (cor amarela), b) psicotrópicos (cor azul) e c) retinóides de uso sistêmico e imunossupressores (cor branca). A Notificação concernente aos dois primeiros grupos (a e b) deverá ser firmada por profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina, no Conselho Regional de Medicina Veterinária ou no Conselho Regional de Odontologia; a concernente ao terceiro grupo (c), exclusivamente por profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina. Precursores - Substâncias utilizadas para a obtenção de entorpecentes ou psicotrópicos e constantes das listas aprovadas pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico. Preparação Magistral - Medicamento preparado mediante manipulação em farmácia, a partir de fórmula constante de prescrição médica. Psicotrópico - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica e relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico. Receita - Prescrição escrita de medicamento, contendo orientação de uso para o paciente, efetuada por profissional legalmente habilitado, quer seja de formulação magistral ou de produto industrializado. Substância Proscrita - Substância cujo uso está proibido no Brasil.

Esta portaria é de extrema importância para a complementação da Lei de drogas 11.343/98, pois tal lei não cita quais substancias que acarretariam a responsabilização penal (MASSON, 2018). Enquanto isso, a portaria traz toda uma

listagem especificando cada substancia abrangida pela lei de drogas, assim como a diferenciação do que seriam drogas, entorpecentes e psicotrópicos. Sucintamente, somente será considerado droga para os efeitos da lei o que não estiver nas listas F1 (entorpecentes) e F2 (psicotrópicos) da portaria da Avisa de n.º 344/1998.

5. A EVOLUÇÃO DA CANNABIS NO ÂMBITO JURÍDICO

No campo jurídico, houveram três convenções realizadas pelas Nações Unidas, com intuito de regulamentar o controle sobre as drogas, inclusive a cannabis. Em 1961 aconteceu a primeira convenção, intitulada Convenção Única de Entorpecentes (*Single Convention o Narcotic Drugs*), emendada por um protocolo em 1972. Seu texto traz o foco no mal que a toxicomania e o toxicômano possam acarretar a sociedade e a economia, mas sempre reconhecendo o uso medicinal das substâncias. Apesar de o artigo 21-15 consentir que os assinantes declararem suas reservas quanto ao texto proposto, o tratado foi adotado no Brasil através do Decreto n.º 54.216/1964, *ipsis litteris* (BRASIL, 1964):

> O uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, [...] Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias para fins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a fiscalizações internacionais permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos.

A primeira vantagem extraída desta convenção foi um sistema de listas que vieram a classificar as drogas quanto a sua periculosidade e formas de controle. As duas primeiras listas classificam os entorpecentes, os naturais ou sintéticos,

verificando rigorosamente e determinando suas proibições, restringindo e controlando o assunto quanto ao plantio, distribuição, produção, prescrição e uso. A *"List of Drugs Included in Schedule I"* (Lista de medicamentos incluídos no Anexo I, em tradução livre) inclui a *"Cannabis"* e *"Cannabis resin" (and extracts and tictures of cannabis)* (a cannabis, sua resina e seu extrato) no mesmo tópico que se encontra a substância como a cocaína, heroína e ópio, que são "potenciais causadores de dependência". A Cannabis integra a lista IV da mesma convenção como *particularly dangerous drug* (droga particularmente perigosa). Todas estas listas compõem a *Yellow List* (Lista Amarela), e passam a classificar quanto à periculosidade e tipo de controle das substâncias elencadas (UN, 1961).

Considerou-se em 1971 a necessidade de um endurecimento nas medidas em busca da restrição do uso de psicotrópicos, através do Decreto 79.388, também conhecido por *Convention on psychotropic substances*. Mais uma vez não se exclui o uso das substancias psicotrópicas para fins médicos e científicos. Nesta convenção determinou-se e exigiu-se uma licença rigorosa do país que desejasse fabricar, comercializar e distribuir com finalidade medicinal, descrito pelo Art. 2º, I, devendo também cumprir obrigações de seu Art. 13, e medidas referentes a proibições e restrições sobre exportação e importação em seu Art. 2º - 7, D (UN, 1976).

Logo na Terceira convenção originou se à *red list* (Lista vermelha), a qual viria a tratar sobre as medidas a serem tomadas contra o tráfico de drogas, intitulada *Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and psychotropic Substances* (Convenção Contra Tráfico de Ilícitos de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas), a qual também veio a ser adotada pelo Brasil. A discussão da vez foi sobre extraditar traficantes, controlar percursores químicos, o transporte e transferências das drogas (MEDEIROS, 2020). Propugnava-se eliminar o cultivo ilícito de plantas de cannabis em seu Art. 14, pois na Convenção Única de 1961 já havia determinações sobre o interesse de partes para cultivar a cannabis e a produção da resina, deveria o seu processo ser todo fiscalizado por um órgão oficial, como menciona o Art. 28 e 23-1 (UN, 1976).

Através da Lei nº 6.360, de 1976, o Brasil enunciou que as drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e afins ficariam submetidos as normas que a Vigilância Sanitária estabelecesse (BRASIL, 1976). Diante disso a Lei nº 9.782, de

1999 deu origem a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), providenciando a proteção à saúde através de seu controle. Tratando-se de uma autarquia sobre regime especial, a Anvisa edita portarias que trazem as classificações do tipo de controle sobre cada substância. Como já anteriormente mencionado, sua Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998 dispõe acerca das Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial. A Lei Federal nº 11.343, de 2006, alterada Lei 13.840, de 2019, é complementada por estas listas, utilizando-as como uma de suas bases e, assim, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Público sobre Drogas (SISNAD) (MEDEIROS, 2020).

Em seu primeiro artigo e parágrafo único, é preconizado a consideração do que são as drogas, substâncias capazes de causar dependência, e que estas estão especificadas em lei, classificadas pela portaria da Anvisa como já mencionada, e relacionadas em listas. Estas listas por sua vez devem ser atualizadas de forma periódica, sua responsabilidade está sob o Poder Executivo da União. Em seu segundo artigo traz as proibições sobre o plantio, as drogas, cultura, colheita em todo território nacional, onde também cita as convenções internacionais já referidas, observando sempre a sua liberação para uso com fins medicinais e científicos, desde que em local e prazos determinados (BRASIL, 2006).

Já outra regulamentação da lei é trazida pelo Decreto 5.912/2006, no qual passa a competência para o Ministério da Saúde autorizar o plantio (BRASIL, 2006). A Anvisa classificou primeiramente a Cannabis e CDB (Canabidiol) em sua lista “F2”, como substâncias de uso proscrito, que são as cujo uso está proibido no país. Embora constante na lista o plantio e a possibilidade de uso para fins medicinais, a mesma lei utiliza de vários critérios burocráticos, mesmo que diversos estudos demonstrem grande êxito em seu uso no meio medicinal (CARNEIRO, 2019).

5.1 LEIS INCRIMINADORAS

Oficialmente, a criminalização dos entorpecentes em geral veio no ano de 1920, ano em que começa a década da “Grande Proibição” (DE CARVALHO, 2012, p. 05). A lei visava punir usuários de forma muito mais ampla e severa do que aqueles que a produziam, o que demonstra indícios de que a criminalização sempre se voltou

aos hábitos sociais do uso, o que deu base para criação da Delegacia de Costumes, Tóxicos e Mistificações (DCTM) no ano de 1934.

Durante o período da ditadura de Vargas, foi adotada uma posição governamental em relação ao combate da maconha, emitindo decretos em 1944 que levaram o combate a um nível nacional, atribuindo a esta delegacia não somente assuntos como a apuração de crimes relacionados as drogas e saúde pública, mas também de práticas religiosas, julgamentos sobre moralidade pública, decoro familiar e afins. Insta frisar que tais leis, já desde tal época, eram focadas contra a ideologia africana num todo, haja vista que, através da delegacia, o Estado erradicava qualquer tipo de costume afrodescendente, como a prática da umbanda, capoeira e, claro, diambistas (BARROS; PERES, 2017).

Com o passar do tempo, liberou-se a prática da capoeira, da umbanda e diversas outras da cultura africana, mas a maconha continuava perseguida e, por consequência, criminalizada. Zeca de Medeiros (2020, p. 41) demonstra que "ao longo do século XX, o combate às drogas foi se intensificando mundialmente, interesses econômicos e sociais levaram à criação da Guerra às Drogas". Várias convenções foram realizadas através da ONU sobre o tema, apresentando medidas rigorosas contra o consumo. Vários países adotaram suas recomendações e o Brasil também absorveu estes princípios. Com isso, ainda no período da ditadura, o código penal sofreu alterações e equiparou usuários com a mesma pena para traficantes, com medidas repressivas, além de que apresentavam-se denúncias sem mesmo contatadas as provas materiais, por mera perseguição (racial, ideológica, política, entre outras espécies).

Destaca-se que, enquanto de um lado as agências mundiais de repressão internacional eram vistas como ferramentas de sucesso, de outro lado o crime organizado cresceu bastante durante esse tempo, suprindo cada vez mais consumidores (WERB, 2013), e, como resultado, hoje há mais pessoas usando drogas "do que em qualquer outro ponto da história do controle de drogas", alega Michael Moskowitz (2018).

Como afirma a *Global Commission on Drugs* (2014), a comunidade internacional "está mais longe do que nunca de realizar um 'mundo livre de drogas'" (2014, p. 114), um fracasso em seus próprios termos. A ineficácia, contudo, é apenas

um aspecto. A proibição tem consumido bilhões e enriquecido criminosos. A ONU estima em 230 bilhões de dólares o valor anual do mercado ilícito de drogas. Imensuráveis danos têm sido causados à saúde e à segurança, assim como à atividade judicial, à ordem legal e ao desenvolvimento econômico em todo o mundo. Enquanto isso, países que experimentaram alguma espécie de descriminalização não economizam somente os custos com a repressão, mas também salvam vidas (DIEHL; PILLON, 2020).

Posto isso, só em meados do século XXI que o debate acerca do tema deixa de ser rejeitado totalmente, e em 1976, a Lei 6368 de 21 de outubro distanciou usuário de traficante no tipo penal, trazendo-lhes penas diferentes, todavia, com poucas mudanças (BRASIL, 1976). Não obstante, o grande impacto ocorreu com a aprovação da Lei 11.343/2006, que extinguiu a pena de reclusão para usuários e para quem planta a maconha para consumo próprio. A referida lei traz em seu texto o que considera crime relativo às drogas em seu Art. 33, tipificando (BRASIL, 2006):

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Extrai-se que a tipificação da lei penal busca coibir condutas de forma clara, no âmbito de contato com as drogas, na qual pode se classificar três categorias de ações: as vinculadas ao consumo ou atos de demanda (consumo, aquisição para si, porte, porém a ação de compra e entrega não é a ação em si que seria levada em consideração, mas a quantidade portada em questão); as ações vinculadas ao tráfico ou atos de oferta (produção, cultivo, entrega, importação, exportação, trânsito, venda, realização de tráfico, comercialização); e por derradeira, a colaboração nos atos anteriores (colaboração financeira, colaboração para consumo ou oferta, garantia de meios para pratica de fabricação, como laboratórios) (MASSON; MARÇAL, 2019).

Sob esta ótica, a lei em comento traz em seu Artigo 28 § 1º e § 2º (BRASIL, 2006):

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso

> educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

O delito em tela classifica-se como crime de mera conduta e de perigo abstrato. É de mera conduta porque o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado, satisfazendo-se com a simples ocorrência da descrição típica (GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2019). Classifica- se também como crime de perigo abstrato porque o perigo é presumido *iute et de iure*, sem a necessidade de ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa (MASSON; MARÇAL, 2019).

Não obstante, percebe-se que o Direito Penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, mas não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica (ROXIN, 2008). De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional, obediente à dignidade humana e à igualdade, condições essenciais da liberdade individual (MACHADO, 2018). Por isso, em suma, não se poderia admitir a tal criminalização, já que a conduta proibida não gera perigo e nem dano.

Já como elemento subjetivo do tipo exige-se o dolo, não havendo "porte de drogas" na forma culposa. O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, seja usuário noviço, recreacional (eventual), dependente ou inveterado. Quanto à sujeição passiva, absurdamente se prevê como sendo a coletividade – o conjunto indiscriminado de cidadãos – os destinatários da proteção ensejada pela lei penal (SADDI; ZEMEL, 2021). Tem-se, portanto, um dispositivo legal que tenta proteger um "conjunto indiscriminado de cidadãos" de uma conduta inofensiva, isto é, protege-se não se sabe quem, de nada.

Tal crítica torna-se ainda mais evidente no que tange à consumação do delito, que ocorre com a prática de qualquer dos núcleos do tipo já destacados, de modo que não caracteriza o crime de "porte de entorpecente" a conduta do agente que, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, a consome *incontinent*i, pois a incriminação do porte de tóxico só se pode explicar como delito contra a "saúde pública", possibilitando uma situação de perigo contra indeterminado número de pessoas

(MARCÃO, 2008).

Sob este pensamento, Alessandra Diehl e Sandra Pillon demonstram (2020, p. 77):

> Restando a dúvida: o que se protege? Do que? Trata-se, portanto de crime de perigo abstrato que se utiliza da ratio legis para justificar a incriminação, ou seja, vale-se da finalidade da lei e não do bem jurídico penal, o qual inexiste aqui. Vejamos então a objetividade jurídica do delito: (a) Adquirir: significa alcançar a propriedade ou a posse, pouco importando a forma ou o meio: troca, doação, venda etc.; (b) Guardar: compreende a ocultação pura e simples, permanente ou precária; (c) Ter em depósito: é manter a droga sob seu domínio, sob condições de pronto alcance; (d) Transportar: significa levar de um local a outro.

Da mesma forma, porém no que tange à consumação do delito previsto no § 1.º do art. 28 da Lei 11.343/2006, basta semear, cultivar ou colher. Já quanto à tentativa, admitir-se-á apenas na modalidade adquirir (GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2019). Há, porém entendimentos em sentido contrário, dispondo que o simples fato de tencionar alguém adquirir substância entorpecente e pôr-se os aprestos, sem, contudo, dar início à transação delituosa, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob o ponto de vista repressivo penal. Já quanto à hipótese do § 1.º, é possível a tentativa quando, por exemplo, o agente apenas preparou o local e foi surpreendido com as sementes (sem princípio ativo), antes de lançá-las ao destino pretendido (semear).

Importante mencionar, por fim, a previsão legal do § 6.º do dispositivo em comento, segundo o qual, caso o agente se recuse injustificadamente a cumprir uma das penas previstas pelo caput, quando da condenação, poderá o magistrado submetê-lo sucessivamente à: I – admoestação verbal; II – multa (BRASIL, 2006).

5.2 A CANNABIS PARA FINS MEDICINAIS NA JURISPRUDÊNCIA

O primeiro caso judicial de grande repercussão que objetivava a importação da substancia, foi o caso da garota brasiliense Anny Fischer, de 5 anos, que fora diagnosticada com síndrome CDKL5, uma degenerativa na qual causava cerca de 80

convulsões por semana na criança. Inclusive, esta é a principal característica do enfermo, na qual resulta em graves alterações cerebrais de seu portador, além da impossibilidade de locomoção, comunicação, e restrição na resposta psicomotora nervosa (NUNES, 2018).

Sua mãe ao fazer pesquisas sobre o uso da cannabis para tratamentos de doenças cerebrais nos Estados Unidos (local onde o extrato seguro pelo órgão regulador competente), passou a utilizar o composto canábico (Tetrahidrocanabidiol, ou THC, que possuía 20% de canabidiol) na garota. Com resultados satisfatórios, as convulsões da Anny reduziram em 89% em um mês de uso, e, em a partir do segundo, passou a ter duas crises a cada trimestre (NUNES, 2018).

Os primeiros acessos da criança ao extrato eram realizados por meio de amigos que viajavam para os Estados Unidos ilegalmente e traziam o composto, entretanto, na falta do produto e sem contatos para trazê-lo, fez uma solicitação para importar o óleo a base de canabinoides, que foi preso na alfandega, com a justificativa do ato acarretar importação clandestina, crime tipificado no art. 33, Lei nº 11.342/06.

Na tentativa de regularizar o uso para sua filha, primeiramente, a mãe ingressou no judiciário em 2013 um Mandado de Segurança, no qual foi negado. No ano de 2014, em abril, um laudo médico de um professor de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, foi conseguido pela família, assim, após a instauração de um segundo processo com este laudo, todavia de natureza diversa, um *habeas corpus* de n.º 24632-22.2014.4.01.3400 JTDF, a ação teve seu pedido liminar deferido, como resultado, Anny se tornou a primeira brasileira a importar legalmente o óleo de THC. Segue um recorte da decisão do caso (BRASIL, 2014):

> A experiência tem demonstrado que os procedimentos no seio da ANVISA são demorados, muito em razão da complexidade de sua missão e das averiguações que realiza sobre os produtos postos ao seu crivo para fins de registro e liberação de uso.(...) Decerto que a ANVISA iniciará longo processo para estudo da substância para fins de certificação de sua segurança e da eficácia, para que, só então, eventualmente autorize sua inserção no mercado para amplo consumo. Entretanto, não há como fazer a autora esperar indefinidamente até a conclusão desses estudos sem que isso lhe traga prejuízos irreversíveis. É necessário adotar uma solução intermediária, que contemple os interesses de todas as partes envolvidas. De um lado, a ANVISA deve, em razão das atribuições legais que lhe foram confiadas, dar seguimento às pesquisas para a possível liberação do uso do Canabidiol em larga escala no Brasil, fazendo uso do tempo estritamente necessário à conclusão das análises sobre a segurança e a eficácia da substância. De outro lado, no entanto, deve-se tutelar a vida e a saúde da autora, permitindo-

> lhe que continue a importar e consumir a substância em nosso país até que haja um pronunciamento definitivo da ANVISA sobre o tema. (...) Postos em confronto a prerrogativa da administração pública de reter o medicamento visado pela autora para fins de controle e averiguação de sua segurança e eficácia, e, noutro polo, os direitos fundamentais à vida e à saúde, bens estes somente tuteláveis no momento pelo uso contínuo do Canabidiol, há que se dar prevalência ao interesse jurídico da demandante o estatal sobre ela, pelos danos irreversíveis que pode provocar, suplanta e contraria o fim visado pela vigilância sanitária, que é o de proteger a saúde pública. (Habeas Corpus n.º 0024632-22-2014-4-01-3400, TRF 1ª Região, rel. des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 12, abr. 2014).

Movimentos a favor do acesso à medicamos derivados do Canabidiol (CDB) foram fortalecidos por meio de pedidos judiciais e administrativos a partir de então, um grande marco foi a posição do Conselho Federal de Medicina, que autorizou a prescrição de medicamentos com canabidiol por médicos e psiquiatras aos seus pacientes por meio da Resolução nº 2113/2014, ainda que a cannabis integrasse a lista de substancias proibidas (BRASIL, 2014).

Deste modo, a Anvisa anunciou a transferência do canabidiol para sua lista "C1", medicamentos de uso controlado, permitindo o uso canábico através de importação para fins medicinais. Após este ocorrido, em menos de três meses já existiam 374 pedidos para importação e 366 já haviam sido autorizados. No mesmo ano em 06 de maio, publicou Resolução Diretoria Colegiada 17/2015, trazendo os critérios e procedimentos para essas importações, de caráter excepcional, dos produtos à base de canabidiol associados a outros canabinoides.

Sobre o tema, Valentina Nunes (2018, p. 48) alega:

> Para os cientistas, a proibição era um dos obstáculos às pesquisas. Primeiro brasileiro a estudar o canabidiol no tratamento da epilepsia, em 1970, o médico Elisaldo Carlini chegou a contrabandear o produto para testes laboratoriais e aplicação em adultos. A reclassificação da substância para a lista de "controladas", segundo Antonio Zuardi, professor de psiquiatria da Universidade de São Paulo (USP) em Ribeirão Preto, passou a facilitar a pesquisa e o monitoramento de pacientes com quadros graves, "por não ser mais uma droga proibida". O canabidiol foi a única substância extraída da maconha liberada pela ANVISA, na sessão de 14 de janeiro de 2015, para uso medicinal, passo considerado importante para as pesquisas na Faculdade de Medicina da USP.

Em concórdia, maria da Penha Medeiros (2018, p. 48) sugere:

> A data entrou para a história da medicina brasileira. Polêmica, a liberação do uso medicinal do canabidiol, ou CBD, foi aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por unanimidade dos quatro diretores com

> direito a voto. Um dos oitenta princípios ativos derivados da Cannabis sativa, nome científico da maconha, a substância saiu da lista das "proibidas" e passou a ser mais uma das relacionadas como "controladas" pelo Ministério da Saúde. Mesmo assim, os critérios preliminares para registro, venda e aplicação de medicamentos produzidos à base de compostos da erva só foram aprovados pelo governo quase dois anos depois, em novembro de 2016.

Evidencia-se que a judicialização vem sendo cada vez mais intensificada, inúmeras decisões foram proferidas no ano de 2015, concedendo o fornecimento de medicamentos à base do CDB para tratar convulsões, fundamentando essas decisões na reclassificação do medicamento como de uso controlado, sob prescrição médica, e risco de dano irreparável ou difícil reparação a vida.

Ainda em 2015, em 09 de novembro, aconteceu a primeira Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal – 0090670-16.2014.4.01.3400 16ª Vara Federal – em face da União e da Anvisa, resultando na determinação para que modificasse o Tetrahidrocanabidiol da lista "F2" (Substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, ou seja proibidas) para a lista de prescrições médicas, liberando a importação de quaisquer produtos que contenham este princípio ativo, uma vez que seu uso seja para tratamentos, garantindo também a pesquisa cientifica da planta.

No ano seguinte, 2016, a autorização da prescrição e manipulação de medicamentos à base de Cannabis veio através da Anvisa, em 2017, a Resolução da Diretoria Colegiada nº 156, que inclui a Cannabis Sativa na lista das denominações comuns brasileiras, como planta medicinal, possibilitando o registro de novos medicamentos à base de CBD e THC. No mesmo ano foi registrado o primeiro remédio brasileiro à base de cannabis, o Mevatyl, indicado para adultos com espasmos moderados ou graves (MEDEIROS, 2020).

Em 2018, a Anvisa passa a reconhecer o uso de diversos remédios canabinoides através da sua Resolução DC 128/18, como o *Hemp Oil*, (óleo canábico), Purodiol CDB e *Hemp Blend Real Scientific*. Nessa ótica, importante dizer que o uso medicinal é legal em vários países como Portugal, Jamaica, Austrália, Argentina, Canadá, Espanha.

Percebe-se que a Anvisa se esforçou para ir contra as recomendações estratégicas do Governo da época (que é ainda mais rigoroso no atual), e aprovou liberação para a venda em farmácia dos produtos à base da Cannabis para uso

medicinal brasileiro. Todavia, este medicamento deve ser proveniente de importação, pois o sistema de saúde brasileiro, embora autorize o uso, não o utiliza (DIEHL; PILLON, 2020). Ademais, o cultivo continua proibido em terras brasileiras, assim como plantio e produção caseira do medicamento, isso significa que ainda que o movimento exista, a única beneficiária econômica tem sido a indústria farmacêutica, visto que tais medicamentos possem um custo altíssimo no mercado (PINHEIRO; MORAES; FATTORI, 2021).

Outro caso favorável, que vai além do uso e importação da substancia CBD, ocorreu em novembro de 2017, no Rio de Janeiro, concedido pelo 1º Juizado Criminal. Um casal, Marcos e Margarete obtiveram um habeas corpus preventivo concedido para o plantio, logo em seguida buscaram um salvo-conduto para o cultivo da planta, por temerem um enquadramento como tráfico de drogas. Esta foi a primeira decisão sobre o tema, e na mesma época outras duas famílias conseguiram resultados semelhantes diante do judiciário (MEDEIROS, 2020).

O pedido de *Habeas Corpus Preventivo*, fora impetrado por Vanildo José da Costa Junior, em favor de Margarete Santos de Brito e Marcos Lins Langenbach, contra o Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa do delegado Carlos Augusto Leba e/ou a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa do CMT Geral, Wolney Dias Ferreira, a decisão em recorte traz (BRASIL, 2016):

> Desta forma concedo o SALVO-CONDUTO em favor de Margarete Santos de Brito e Marcos Lins Langenbach, a fim de que as autoridades encarregadas, Polícia Civil e/ou Polícia Militar, sejam impedidas de proceder a prisão em flagrante dos pacientes pela produção artesanal Cannabis Sativa para fins medicinais, bem como fique impedidas de apreenderem os vegetais mencionados até decisão definitiva que tramita no processo número 0085473-23.2016.4.02.5101 da 14° Vara Federal do Rio de Janeiro. Dê-se ciência ao Ministério Público da presente decisão. (Processo nº 2016.51.01.085473-8, TRF 2ª Região, Maurício da Costa Souza, julgado em 02, set. 2016).

Margarete é percussora no cultivo e manipulação caseira da Cannabis para fins medicinais, e atualmente preside a Associação de Apoio a Pesquisa e Pacientes da Cannabis Medicinal - APEPI, foi desta forma que ela encontrou meios de tratar sua filha, uma vez que a importação além de altíssimo custo também é um processo lento e burocrático. Segundo entrevista ao Jornal Folha de São Paulo em 2017, Margarete declarou que (2019, p. 01): “se o Estado não pode cumprir com o papel de zelar pela

vida de cada cidadão, ele tem que permitir ao menos que nós façamos", sua filha luta contra Síndrome CDKL53, e foi através da internet e contato com outros cultivadores que aprendeu a extração do óleo de Canabidiol o qual usa para o tratamento.

Uma família Gaúcha no ano de 2019 conseguira o mesmo salvo-conduto para cultivo da cannabis em sua residência, com a finalidade de extrair o óleo para uso medicinal e tratar sua filha de sete anos Carol, que sofre da Síndrome de Dravet, a qual acarreta ataques epiléticos difíceis de serem controlados, graças ao entendimento favorável que trouxe na decisão (BRASIL, 2019):

> DECIDO. Compulsando acuradamente o caderno processual, com a devida vênia à MM. Juíza de Direito que me precedeu no processamento do feito, tenho que a ordem há de ser concedida. Isso porque, a documentação carreada aos autos pelos pacientes é elucidativa, não subsistindo qualquer celeuma acerca das necessidades médicas da filha comum, bem como da conveniência, adequação e, sobretudo, eficácia do tratamento da infante com emprego de "CBD -Canabidiol", o que passo a explicitar[...]. (AC 0033575=96.2017.8.21.7000 RS, TJRS, 8ªCâmara, rel. Rui Portanova, julgado em 23, mar. 2019).

Na sentença proferida, o juízo trouxe duas interpretações bem distintas, se no direito material objetivo o cultivo da Cannabis deveria ser visto como impossível segundo a lei de drogas, por trazer expressamente em seu texto a proibição; de ótica subjetiva, é necessário considerar o direito à vida, bem este maior que qualquer outro, e assim trazendo em sua decisão o acolhimento ao pedido para o cultivo da maconha como demonstra *in verbis* (BRASIL, 2019):

> [...] Por todo o exposto e remontando ao caso concreto, tenho que na especialíssima situação dos autos, o reconhecimento da pura e simples proibição de plantio, cultura e colheita desse vegetal não se afina minimamente à realidade social, aos avanços da medicina, que apresenta inúmeros estudos acerca do benefício trazido por substâncias obtidas por intermédio da "cannabis sativa" no tratamento de diversas doenças, dentre as quais a que a acomete a filha dos pacientes[...]. Ademais, tenho que a questão solve-se pela ponderação de princípios constitucionais: de um lado, o contido no artigo 5º,incisoII,daCF("princípio da legalidade"); de outro, o previsto no artigo 3º, III, art. 6º, "caput", art. 196, "caput" e art. 227, "caput", todos da CF ("dignidade da pessoa humana", "direito de acesso integral à saúde" e "proteção prioritária à criança"). (AC 0033575=96.2017.8.21.7000 RS, TJRS, 8ªCâmara, rel. Rui Portanova, julgado em 23, mar. 2019).

Diante as decisões acima expostas, o judiciário ainda possui uma visão muito rigorosa em muitos pedidos mesmo com todo enfoque no uso medicinal da Cannabis

para tratamentos de doenças raras e graves, a observância da lei de drogas, contra o plantio, cultivo, porte, e até mesmo importação da substancia se mostra duro.

Mais uma vez, deve-se ter em mente que, atualmente, o posicionamento dos tribunais é que o uso do extrato canábico é utilizado apenas por importação. Isto é, ainda é proibido o plantio residencial ou compra clandestina em solo brasileiro. Nesse sentido, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve a decisão do juízo de primeira instância em um processo no qual a autora pugnava, em sede de *habeas corpus preventivo*, a permissão judicial para o plantio da cannabis para uso medicinal. "não existe previsão legal para o cultivo da própria planta por pessoas físicas e usuários em território nacional. Em outras palavras, não há regulamentação que respalde a pretensão da recorrente para o cultivo da maconha" (BRASIL, 2021) alega o relator Roberval Casemiro Belinati, ao julgar o processo em 15 de julho de 2021.

O mesmo aconteceu com o salvo-conduto requerido por Ângela, mãe, que fazia o plantio ilegal para o tratamento da filha com autismo, que foi indeferido pela 5ª Vara Criminal de Campinas (SP), em 2015, sob argumento de que *writ* não era via adequada, porque seria necessário extensa dilação probatória da eficácia do medicamento artesanal e que a fiscalização seria impossível (BRASIL, 2018):

> HABEAS -CORPUS – Tráfico de drogas – SALVO CONDUTO – PLANTAR E CULTIVAR CANNABIS SATIVA L – MACONHA – Filha da paciente possuidora de doença grave – Transtorno do Espectro Autista – Canabidiol – Efeitos medicinais eficazes no tratamento da criança – Medicamento de alto custo. Burocracia na importação – Efeito do remédio industrializado inferior ao produzido artesanalmente – Efeito entourage – Matéria que demanda dilação probatória. Não comprovação da ineficácia do medicamento industrializado. Burocracia e alto custo que podem ser resolvidos por meio de pedido perante uma das varas da fazenda pública. Temeridade da concessão do pleito – Impossibilidade de fiscalização do cultivo/plantação na residência da paciente, seja em relação à quantidade, seja em relação ao teor da substância produzida –– LIMINAR INDEFERIDA. (HC 2211066- 32.2018.8.26.0000 SP 2211066-32.2018.8.26.0000, TJSP, 10ª Câmara de Direito Criminal, rel. Rachid Vaz de Almeida, julgado em 19, out. 2018).

Igualmente ocorreu no caso de Frederico Batistella Yasuda: HC 0011944-38.2019.8.26.0000 SP 0011944-38.2019.8.26.0000 da 10ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 23 de maio de 2019, pelo relator Nelson Fonseca Júnior (BRASIL, 2019).

Pode-se dizer que toda a Constituição busca predominantemente a expansão da

liberdade da sociedade (MACHADO, 2018), exceto em suas leis proibicionistas que geram mais consequências prejudiciais do que argumentos para criação de uma lei. Tem-se como fato que a proibição do uso da Cannabis tem transformado cidadãos de bem em infratores da lei. Em uma sociedade em que exista uma garantia de liberdade pautada na responsabilidade, não parece plausível que o governo deva ditar qual o comportamento correto; todavia, pelo fato do tema se tratar de saúde pública, fica vinculado ao Estado seu fomento e distribuição.

6. A LEGALIZAÇÃO DO PLANTIO CANNÁBICO PARA FINS MEDICINAIS COMO MECANISMO COROLÁRIO AO DIREITO À SAÚDE E À DIGNIDADE HUMANA: SERIA A LEGALIZAÇÃO POSSÍVEL NO BRASIL?

Pesquisas médicas indicam que os medicamentos produzidos com CBD são muito eficazes no tratamento dos sintomas de diversas doenças neurológicas, como, por exemplo, epilepsia refratária (de controle difícil ou pouca resposta à tratamentos comuns), Alzheimer, autismo, fibriomialgia, Parkinson, Síndrome de Tourette, esquizofrenia e quadros de ansiedade (GRAEFF, 1989). A importância deste composto como medicamento é reconhecida no Brasil tanto pelo setor médico, quanto pela agência reguladora sanitária brasileira. Já no âmbito internacional, observa-se que cerca de 40 (quarenta) países têm legislações que permitem o uso de cannabis medicinal (MOSKOWITZ, 2018). Ou seja, infere a relação direta entre uso da cannabis com o direito à saúde.

O direito à saúde consta na Constituição Federal de 1988 no título que se refere à ordem social, onde o objetivo é o bem-estar e a justiça social. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no seu Art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância (BRASIL, 1989). Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem fundamento no valor de igualdade entre as pessoas.

Nesse sentido, a tutela do direito à saúde apresentaria duas faces: 1) de preservação e 2) de proteção. Por um lado, a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença e, por outro lado, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de

uma determinada pessoa.

Para complementar, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a minimização do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1989). Isto é, o direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Assim, mesmo que o acesso à serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde abrange também a garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde está entre os mais debatidos nos âmbitos acadêmico, doutrinário e judicial, estimulando dentro da sociedade brasileira um processo de conscientização de que, efetivamente, cabe ao Estado a proteção do cidadão, principalmente nesse cenário abordado. Trata-se então de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível, e que é garantida à generalidade das pessoas.

Todavia, mesmo com tantos avanços políticos e legais, a luta social pela efetivação do direito à saúde no Brasil não cessou, na medida em que o financiamento deste sistema permanece insuficiente em função do tamanho da demanda que deve ser alcançado pelo sistema, provocando a ocorrência de inúmeras omissões por parte do Estado, que tem o dever constitucional de garantir esse direito fundamental a todos os cidadãos.

Como comprovado, existem casos no Brasil em que o uso medicinal da cannabis urgem efeitos incontestavelmente positivos. Anny, Carol e muitos outros indivíduos no mundo atualmente estão utilizando do canabidiol como principal fonte para o tratamento de seus enfermos cerebrais. Para se ter uma noção, desde 2015, quando a regulamentação para a importação foi aprovada, até o ano de 2019, o número de pacientes interessados em adquirirem o produto quadruplicou, pulando de 902 cadastros para 3.613 (G1, 2019).

Seguindo essa máxima, constata-se a legalização do cultivo medicinal da cannabis como corolário da dignidade humana. Em prol de promover a uma vida digna e o bem estar social em todo o território nacional, a Constituição federal de 88, em seu artigo 1º, inciso III, apontou a dignidade da pessoa humana como princípio

fundamental dos entes federados. Conforme aponta Costa Machado (2018, p. 38):

> A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que deve ser considerado fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na polis-comunidade política.

Assim, o texto constitucional garante um valor essencial e fundamental às premissas da dignidade da pessoa humana, um parâmetro orientador que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, devendo ser executada em todas as atividades privadas e estatais, principalmente pelos três poderes, atuando como um escudo protetivo essencial (DELGADO, 2019). Nesse prisma, Alexandre de Moraes (2018, p. 51) leciona:

> Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.

Nessa ótica, vê-se que a premissa da dignidade da pessoa humana é interligada com diversos outros mecanismos que garantem uma função mais humanizada aos indivíduos que convivem em algum núcleo social. A dignidade é, de maneira essencial, um atributo característico que a pessoa adquire pelo simples fato de estar viva, se tornando um indivíduo que merece ser tratado da melhor maneira possível, de maneira igual.

Por outro lado, apesar da demanda de medicamentos à base de *Cannabis* ter crescido nos últimos anos em razão da sua popularização dentre as mais diversas camadas da sociedade brasileira – pois são os únicos que, verdadeiramente, solucionam o problema dos pacientes portadores de determinadas doenças -, o que se observa é que o acesso a tais medicamentos é extremamente caro e demorado, impedindo que os pacientes – em especial aqueles com epilepsia – tenham uma vida digna.

Conforme elucida Camila Azevedo (2020, p. 40):

> Uma consulta rápida na internet informa a bula do medicamento e seu preço final. No site da farmácia 4BIO, o preço do Mevatyl era R$3.149,66. Aplicados 10% de desconto, o preço final é de R$2.833,74. O medicamento está esgotado, assim como em outras farmácias consultadas.

Em concórdia, Bruna Pinheiro, Francine Moraes e Nielse Fattori elencam (2021, p. 10):

> A demanda de pacientes em tratamento contínuo com a Cannabis no Brasil é crescente e estes pacientes enfrentam muitas etapas e desafios burocráticos para conseguir a medicação, o que tem dado visibilidade para a urgência em regulamentar a produção nacional da maconha e seus derivados para comercialização com um valor mais acessível, já que os produtos comercializados no Brasil possuem valor proibitivo, inviável para a maioria da população e para a rede pública de saúde, onde a incorporação desta opção terapêutica se faz necessária, uma vez que o Estado é o responsável por garantir o direito à saúde da população brasileira. Neste sentido a produção e distribuição a medicamentos à base de Cannabis através das farmácias vivas pode ser uma alternativa viável, promovendo o acesso de forma irrestrita e desburocratizada para diversas doenças e para todos, em consonância com os princípios fundamentais do SUS.

Ainda, João Paulo Martins (2019, p. 18) aufere:

> Quando alguém que necessita de medicamentos à base de canabidiol consegue a permissão para uso do medicamento, ainda encontra grandes dificuldades burocráticas para importação devido as exigências da ANVISA (Agencia Nacional de Vigilância Sanitária), além do custo altíssimo do produto, por ser um medicamento que ainda não possui fabricação no Brasil, a importação tem custos muitos altos, que dificulta ainda mais a aquisição de pessoas com baixa renda

Sendo assim, resta nítido que, embora permitido o uso da importação de medicamente à base de canabidiol, a mesma se trata de um ato burocrático e muito oneroso. O acesso a todo o procedimento, por ter alto custo, deixa seu uso restrito àqueles que possuem condições financeiras elevadas. Ou seja, a saúde, nesse problema, não é universal. A dignidade humana, sob os efeitos do proibicionismo da cannabis, não é promovida. Portanto, há o retrocesso, principalmente quando se tem o conhecimento de que, nas farmácias do Brasil eram vendidos medicamentos à base de cannabis livremente até o ano de 1917, e com receita até 1938 (CARNEIRO, 2019). Nessa ótica, o que se observa, na realidade, é que o Estado não só deixa de regulamentar o plantio da cannabis para fins medicinais em território nacional, mas também estabelece diversos mecanismos que, ao fim, não passam de obstáculos aos pacientes que necessitam de medicamentos à base de *Cannabis*. Por se tratar de matéria-prima necessária para

assegurar a milhares de brasileiros uma vida digna, não podem os administrados estarem reféns do Estado que, por questões ideológicas e tomadas de decisões sem embasamento técnico, se recusa a assegurar a estes o seu direito constitucional à saúde e à vida digna.

7. CONCLUSÃO

Diante todo o exposto no trabalho, constata-se que a cannabis faz parte da história da própria agricultura em si. Chamada de maconha através dos costumes angolanos, a planta, desde o ano de 2.700 antes de Cristo já era utilizada no tratamento de constipação, gota e traumatismo. Por ter sido consumida, principalmente, pelos descendentes africanos no Brasil, em período pós-abolição, consequentemente a cannabis fora associada com a marginalidade e a má reputação, por mero racismo e preconceito contra toda a cultura negra presente no país à época, tanto é que, no começo do proibicionismo, eram erradicados não somente os usuários de maconha, mas também os cultos de candomblé e as rodas de capoeira.

O estudo histórico da cannabis aponta que todo o proibicionismo nasceu e cresceu sobre intuitos antidemocráticos. Percebe-se que a opressão e a violência são os principais meios de combate ao uso da cannabis, seja para fins medicinais ou recreativos; enquanto outras drogas, que atualmente são lícitas, capazes de causar ainda mais dependência e prejuízos, seguem enraizados da cultura social.

Inquestionavelmente, o uso dos medicamentos provenientes da cannabis apresentam total compatibilidade com a saúde, a dignidade da pessoa humana e a vida, preceitos esses previstos na Constituição Federal como direito social e fundamentais; ou ainda maior, pelas convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos como bases fundamentais de uma Sociedade Democrática de Direito. Nessa ótica, é dever do Estado cumprir com a manutenção de tais premissas.

Mesmo demonstrado que a Anvisa, órgão competente contemporaneamente para o controle do uso medicinal legal no Brasil, permite a possibilidade da importação da cannabis medicinal, tal permissão é muito morosa e, principalmente, extremamente cara, no qual o principal remédio oriundo do extrato de canabidiol, *Mevatyl*, custa cerca de três salários mínimos.

Nessa ótica, importante é a garantia do acesso a tais medicamentos para todos

aqueles que deles necessitarem. Para aqueles que possuem capacidade financeira, há-se a necessidade de fornecimento dos remédios nas redes farmacêuticas. Para aqueles que não possuem, devem-se ser instituídas políticas públicas sanitárias para a facilitação do acesso a esses medicamentos, ou, ainda, a possível legalização.

Nesse ponto, o trabalho aponta para a grande necessidade de legalização da planta para o intuito medicinal e pede uma abordagem diferente, que situe o problema das drogas não como uma ameaça à sociedade, mas como uma questão de saúde como outra qualquer, de forma universalizada. Fato é que uma alternativa à proibição é a regulamentação. A transição da proibição para a regulamentação é a legalização. Qualquer tipo de regulamentação quanto a esse tema enfrenta, entretanto, um grande número de obstáculos legais e políticos quase intransponíveis devido a um regime de proibição internacional extremamente rigoroso, já advindo de tempos atrás.

Portanto, conclui-se que o acesso ao uso de medicamentos à base de princípio ativo da cannabis é um direito individual e social do ser humano. As políticas atuais não cumprem com o propósito da Constituição, as quais devem ser alteradas para que haja uma plena compatibilização com os direitos de liberdade, saúde, dignidade humana e a vida e, assim, superar essa visão preconceituosa que grande parte do Brasil ainda possui.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Camila Feltrin. **O acesso à cannabis medicinal no Brasil:** um direito fundamental. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218880/O%20Acesso%20Legal%20%c3%a0%20Cannabis%20Medicinal%20vers%c3%a3o%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 21 nov. 2021.

BARROS, André. PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas.** 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5521/552156375006.pdf>. Acesso em 15 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html>. Acesos em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.840, de 05 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm>. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. TJDF. **Processo 0718755-43.2020.8.07.0007**. 2ª Turma Criminal, rel. Roberval Casemiro Belinati, julgado em 15, jul. 2021. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1253427938/71875543202080070007-segredo-de- justica-0718755-4320208070007>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. TJSP. **HC 2211066-32.2018.8.26.0000 SP 2211066-32.2018.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Criminal, rel. Rachid Vaz de Almeida, julgado em 19, nov. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640258426/habeas- corpus-hc-22110663220188260000-sp-2211066-3220188260000>. Acesso em 19 nov. 2021.

BRASIL. TRF 1ª região. **Ação Civil Pública n.º 0090670-16.2014.4.01.3400.** Julgado por Marcelo Rebelo Pinheiro, julgado em 09, dez. 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=d16ee2ddbb366afb113658768b05f71b&trf1_captcha=z64f&enviar=Pesquisar&proc=009067016201440 13400&secao=DF>. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. TRF 1ª Região. **Habeas Corpus n.º 0024632-22-2014-4-01-3400.** Rel. des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 12, abr. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/116111020/processo-n-0085473- 2320164025101-do-trf-2>. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. TRF 2ª Região. **Processo nº 2016.51.01.085473-8.** Rel. min. Maurício da Costa Souza, julgado em 02, set. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/116111020/processo-n-0085473-2320164025101-do-trf-2>. Acesso em 17 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª região. **Processo n.º 0024632-22-2014-4-01-3400**. Rel. des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 12, abr. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/142093152/processo-n-24632-2220144013400-do- trf-1>. Acesso em 20 nov. 2021.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas a história do proibicionismo.** Belo Horizonte: Autônoma Literaria. 2019.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **Uma história política da criminalização das drogas no brasil; a construção de uma política nacional**. 2015. Disponível em: <https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em 17 nov. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**. Resolução CFM n.º 2.113/2014.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2014/2113>. Acesso em 18 nov. 2021.

DIEHL, Alessandra. PILLON, Sandra Cristina. **Maconha:** prevenção, tratamento e políticas públicas. Rio de janeiro: grupo A Educação. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Com diferentes legislações, cerca de 40 países autorizam a maconha medicinal**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2019/12/com-diferentes-legislacoes- cerca-de-40-paises-autorizam-maconha-medicinal.shtml>. Acesso em 18 nov. 2021.

G1. **Triplica o número de novos pacientes que buscam importação de canabidiol**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/06/triplica-o-numero-de-novos-pacientes-que-buscam- importacao-de-canabidiol.ghtml>. Acesso em 21 nov. 2021.

GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY. **Taking Control**. Geneva: Pathways to Drug Policies that Work. 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação penal especial esquematizado.** 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

GRAEFF, F.G. **Drogas psicotrópicas e seu modo de ação**. São Paulo: E.P.U. 1989.

MARCÃO, Renato. Tóxicos**. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Drogas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas:** aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

MEDEIROS, Maria da Penha. **As implicações penais e processuais penais concernentes a regulamentação do uso da cannabis sativa para fins medicinais**. Andradina: Editora Meraki. 2020.

MEDEIROS, Zeca de. **Legalização da Maconha – Fundamentos de um Novo Pensamento.** 1 ed. São Paulo. 2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1988**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html

>. Acesso em 15, nov. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução RDC n.º 156, de 5 de maio de 2017**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20198336/do1-2017-05-08-resolucao- rdc-n-156-de-5-de-maio-de-2017-20198229>. Acesso em 21 nov. 2021.

MOSKOWITZ, Dr. Michael h. **Cannabis medicinal:** um guia para pacientes e profissionais de saúde. São Paulo: Editora Lazlo. 2018.

NUNES, Valentida. **365 dias de mudaram o Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Neurociência do uso e da dependência de substâncias psicoativas.** São Paulo: Roca. 2006.

PINHEIRO, Buna. MORAES, Francine. FATTORI, Nielse Cristina. **Importância da incorporação da cannabis sativa no sus**. 2021. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/8LmnPaDHrflMdZe_2021-7-2- 16-30-37.pdf>. Acesso em 21 nov. 2021.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SADDI, Luciana. ZEMEL, Maria de Lurdes de Souza. **Maconha:** os diversos aspectos da história ao uso. São Paulo: Blucher. 2021.

UNITED NATIONS. **Convention on psychotropic substances – 1976**. Viena. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf>. Acesso em 14 nov. 2021.

UNITED NATIONS. **Single Convention on Narcotic drugs – 1961**. Nova York. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf>. Acesso em 16 nov. 2021.

WERB, D.; KERR, T.; NOSYK, B.; STRATHDEE, S.; MONTANER, J.; WOOD, E. **The temporal relationship between drug supply indicators:** an audit of international government surveillance systems. British Medical Journal Open, v. 3, issue 9 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Medicines**. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/medicines#tab=tab_1>. Acesso em 15 nov. 2021.

TESTES EM ANIMAIS NA INDÚSTRIA DOS COSMÉTICOS: UMA ANÁLISE ACERCA DAS QUESTÕES PENAIS RELACIONADAS A ESSA PRÁTICA

Lais Pinheiro Pereira[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

O presente artigo busca analisar o espaço ocupado pelos animais no ordenamento jurídico brasileiro e a preocupação do legislador com o seu bem-estar. Diante disso, será realizada uma análise dos testes em animais na indústria dos cosméticos a partir de uma perspectiva penal, analisando se essa prática segue os limites legais estabelecidos no território nacional e internacional. Demonstrada possível ilegalidade, serão apontadas medidas passíveis de solucionar esse problema, notadamente os métodos alternativos. O método de abordagem utilizado neste trabalho é o método dialético. Por sua vez, no que diz respeito aos os métodos de procedimento, utilizou-se os métodos histórico e comparativo.

Palavras-chave: Animais. Testes em laboratório. Cosméticos. Sofrimento. Métodos alternativos.

ANIMAL TESTING IN THE COSMETIC INDUSTRY: AN ANALYSIS ABOUT CRIMINAL ISSUES RELATED TO THIS PRACTICE

ABSTRACT

This article seeks to analyze the space occupied by animals in the Brazilian legal system and the legislator's concern with their well-being. Therefore, an analysis of animal tests in the cosmetics industry will be carried out from a criminal

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), Email: laispinheiropereira@hotmail.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário (UNI-RN), Email: jbmb@unirn.edu.br

perspective, analyzing whether this practice follows the legal limits established in the national and international territory. Once possible illegality has been demonstrated, measures capable of solving this problem will be pointed out, notably alternative methods. The approach method used in this work is the dialectical method. In turn, with regard to the procedural methods, the historical and comparative methods were used.

Keywords: Animals. Laboratory tests. Cosmetics. Suffering. Alternative methods.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, foi perceptível, na sociedade, uma alteração significativa na relação entre o homem e os animais, fator que resultou em uma transformação na visão do ser humano no que tange os direitos dos bichos. Com isso, após a modificação nesse vínculo, inúmeros movimentos de proteção animal começaram a se propagar pelo mundo e, com eles, o anseio pelo fim das práticas de maus tratos.

Ocorre que, atualmente, ainda persistem algumas práticas de objetificação animal em prol do benefício humano. Tagore Trajano de Almeida Silva (2009) afirma que, *verbis*:

> Em nome de um domínio antropocêntrico, assistimos, em nossos dias, a escravização e o genocídio dos animais, vulneráveis ao poder das armas, às armadilhas ardis dos homens, sedentos por apropriarem-se de tudo o que lhes possa render benefícios.

Nesse contexto, é imprescindível destacar que a experimentação animal é uma prática amplamente utilizada nas diversas áreas da ciência. Entretanto, indústria dos cosméticos é um dos principais alvos de críticas, uma vez que ela utiliza métodos expressos de maus tratos, os quais geram revoltas na sociedade e, consequentemente, polêmicas acerca da legalidade dessa prática.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar as consequências penais dos testes em animais na indústria da cosmetologia. Para isso, no segundo capítulo será discutida a tutela jurídica dos animais, discorrendo sobre as legislações nacionais e internacionais sobre a temática.

Já no terceiro capítulo, será feita uma análise histórica da experimentação

animal, discorrendo sobre como foi iniciada essa prática e como foi aperfeiçoada ao longo do tempo. Além disso, será demonstrado como ocorre a fiscalização da experimentação animal no brasil, analisando os órgãos fiscalizadores existentes e suas funções.

Dando prosseguimento, no quarto capítulo, serão demonstrados os moldes dos testes em animais, especificamente na indústria dos cosméticos. Nesse sentido, serão analisadas as técnicas utilizadas e suas consequências para os animais utilizados nas pesquisas desse ramo. Ademais, será analisado o movimento *Cruelty Free*, o qual surge como uma tendência mundial contra a utilização dos animais como objetos de experimentação.

Outrossim, no quinto capítulo será abordado como funcionam os métodos alternativos, os quais não utilizam animais na experimentação, analisando a sua efetividade e funcionalidade na criação dos cosméticos.

Por fim, será apresentada a conclusão do trabalho, a qual será elaborada a partir de uma análise crítica a respeito do tema, apresentando seus desdobramentos na sociedade e no ordenamento jurídico pátrio.

Com o intuito de alcançar os objetivos pretendidos com esta pesquisa, será utilizado, como método de abordagem, o método dialético. Como métodos de procedimento, serão utilizados o histórico, para analisar como foi tratada a questão dos direitos dos animais ao longo do tempo, e o comparativo para comparar os parâmetros legais de proteção animal com as práticas realizadas nos testes, verificando se estão em consonância, ou seja, se os limites legais estão sendo respeitados nessa atividade. Utilizou-se como fontes de pesquisas: livros, artigos, legislação e portais jurídicos.

Dessa forma, o estudo realizado neste artigo é de extrema relevância, pois diante das práticas cruéis, nas quais os animais são submetidos em prol de benefícios para o ser humano. Nesse contexto, torna-se necessária a reflexão de que os animais merecem viver de forma livre, digna e sem qualquer tipo de sofrimento.

2 A VIDA ANIMAL E SUA TUTELA JURÍDICA

Ao longo da história, o ser humano passou por uma evolução no que diz respeito ao seu vínculo com os animais. Inicialmente, havia apenas uma relação de

caça-caçador, na qual os bichos eram utilizados unicamente para satisfazer os interesses humanos. Esse entendimento teve, como principal justificativa, o antropocentrismo, o qual corresponde a uma concepção criada na Grécia Antiga. Nesse viés, Nunes-Neto e Conrado (2021) afirmam, *verbis*:

> De acordo com esta perspectiva, todos os seres humanos devem ser igualmente considerados, independentemente de diferenças em quaisquer de suas características. O critério adotado pela perspectiva antropocêntrica para a consideração moral é pertencer à espécie humana, a única que possui valor intrínseco, do ponto de vista da própria espécie humana.

Dessa forma, o homem ocupa a posição central do universo, devendo todos os outros seres estarem subordinados a ele. Com isso, os animais seriam utilizados apenas como recursos disponíveis para benefício dos seres humanos.

Porém, como reação a essa mentalidade predatória e hierárquica e as suas consequências no meio ambiente, surgiu o anseio pela proteção animal, sendo necessária a criação de uma legislação específica para tutela dos bichos, uma vez que devem ser considerados sujeitos de direitos.

Por muito tempo, os animais foram vistos como objetos que estariam à disposição dos seres humanos. Porém, posturas de grandes pensadores foram fundamentais para a mudança desse pensamento. O filósofo Peter Singer foi um dos principais expoentes no início da luta pelo direito dos animais. Nesse contexto, Singer afirma que "discriminar os seres apenas com base na sua espécie é uma forma de preconceito, imoral e indefensável, do mesmo modo que a discriminação com base na raça é imoral e indefensável." (SINGER, 2013, p. 354).

Outro grande expoente na luta animal foi o Jeremy Bentham. Sendo um dos primeiros filósofos a tratar sobre a temática, afirma que a capacidade de sofrimento que os animais possuem gera uma aproximação deles com os seres humanos (Bentham apud Souza et al., 2010). Logo, para ele, não seria necessária a capacidade de raciocinar ou falar para que fossem fornecidos direitos aos animais.

Não obstante, a preocupação com os animais também esteve presente nos pensamentos de Voltaire. Segundo ele, citado por Pinheiro et al. (2015), *verbis*:

> Que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os animais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam!

Por fim, Leonardo Da Vinci também foi um dos defensores da causa animal. Para ele, citado por Koselleck et al. (2006), "chegará o dia em que os homens conhecerão o íntimo dos animais e, então, um crime contra qualquer um deles será considerado um crime contra a Humanidade".

Portanto, a partir de pensamentos como os supracitados, foram desenvolvidas novas perspectivas no que tange os animais. Nesse sentido, Dias citada por Ferreira et al. (2018) afirma, *verbis*:

> Com a evolução do processo civilizatório da humanidade a legislação de proteção animal foi surgindo, e depois sendo substituída de forma progressiva, por normas compatíveis com o saber científico atual [...].

Como consequência dessa evolução das formas de pensar sobre o tema, a preocupação com os bichos foi se tornando cada vez maior, fator que resultou na criação de diversas leis com a temática animal, tanto na esfera nacional, quanto na internacional.

2.1 A LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO ANIMAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a legislação de proteção animal teve início com o Decreto nº 24.645/34, publicado no governo de Getúlio Vargas. Nele, todos animais existentes no país foram considerados tutelas do Estado. Logo, foram estabelecidas diversas condutas as quais seriam consideradas maus-tratos, sendo passíveis, portanto, a sofrer penalidades.

Já em 1979, foi estabelecida a Lei Federal nº 6.638, a qual trouxe a regulamentação da vivissecção de animais. De acordo com Gabriela Farias Lacerda (2013)*, verbis*:

> O termo vivissecção representa, em síntese, a dissecação anatômica ou qualquer operação congênere feita em animal vivo para estudo de algum fenômeno fisiológico. Trata-se, portanto, de um procedimento com finalidade científica utilizado com frequência em cursos voltados para área das ciências biológicas, tais como medicina, biologia, farmácia, odontologia, e outras.

Tem-se, portanto, os primórdios da preocupação do legislador com o uso dos

animais para fins de experimentação científica e pesquisas no território brasileiro, estabelecendo limites. Importante destacar que as legislações supracitadas foram revogadas, ou seja, não estão em vigor atualmente.

Já no ano de 2008, foi estabelecida a Lei º 11.794/08, também conhecida como "Lei Arouca", a qual dispõe: "Art. 1º A criação e a utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica, em todo o território nacional, obedece aos critérios estabelecidos nesta Lei. Logo, passa a ser estabelecida uma legislação específica para a regulamentação dos procedimentos que utilizam animais para fins científicos, incentivando a redução e substituição da prática.

Na atual Constituição Federal, o constituinte trouxe, para o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, a preocupação com os animais. A Magna Carta, no art. 225, dispõe, *verbis*:

> **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> **§ 1º** Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:
> **(...)**
> **VII** - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Com isso, não resta dúvidas que a busca pela defesa dos animais passou a ser algo de extrema relevância, uma vez que passa a ser tutela estatal, prevista na Constituição de 1988. A partir do texto constitucional, o bem-estar animal é visto, sobretudo, como importante pilar para a construção e manutenção de um meio ambiente equilibrado, o qual é capaz de oferecer qualidade de vida aos cidadãos.

Porém, é na Lei nº 9.605 de 1998, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, que é apresentada a regulamentação da experimentação animal de forma mais ampla. Em seu texto, a norma jurídica uniformiza e responsabiliza os indivíduos, inclusive pessoas jurídicas, pelas condutas previstas em seu texto. Nesse contexto, a referida lei propõe:

> **Art. 32.** Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> **Pena** - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> **§ 1º** Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem

> recursos alternativos.

Entretanto, a partir dessa redação surge o questionamento: o que deve ser considerada uma experiência dolorosa e cruel? No decorrer do presente trabalho será demonstrado se as experiências vividas pelos animais nos laboratórios voltados para a produção de cosméticos estão respeitando esses limites.

Vale acentuar que a Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, trouxe alterações para a Lei nº 9.605, aumentando a pena dos crimes de maus tratos quando os animais forem cães ou gatos.

Ademais, a Lei de Contravenções Penais, também dispõe o assunto. Nesse sentido, aduz que o tratamento dos animais pautados na crueldade poderá resultar em aplicação de penalidade.

Além disso, alguns Estados brasileiros possuem suas próprias legislações sobre esta matéria. Em 2013 foi sancionado, em São Paulo, o Projeto de Lei 777/2013, de autoria de Feliciano Filho, que proibia o uso de animais em testes de laboratório para fabricação de cosméticos. Esse projeto foi transformado na lei nº15.316/2014, a qual proíbe a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, e seus componentes, no Estado. Nesse contexto, São Paulo foi o primeiro Estado brasileiro a proibir essa prática.

Outrossim, no Estado do Rio de Janeiro existe a Lei nº 7814/2017, a qual estabelece que:

> **Art. 1º** Fica proibida, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes
> **Parágrafo único.** Fica também proibida a comercialização dos produtos indicados no caput deste artigo, quando derivados da realização de testes em animais.

Importante destacar que a lei supracitada foi, inclusive, alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.995/RJ. Foi questionado se ela seria constitucional e foi decidido, em 2021, que a lei supracitada é constitucional em parte, pois foi considerado que a comercialização dos produtos derivados da realização dos testes em animais não deve ser proibida. Aduz a ementa da decisão:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 7.814, de 15 de dezembro de 2017, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a proibição, no Estado, da utilização de animais para desenvolvimento, experimento e teste de produtos cosméticos, higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes. 3. Competência da União para legislar sobre normais gerais. Alegação de ofensa ao art. 24, VI, CF. Inocorrência. Precedentes. 4. Usurpação de competência da União. Limitações a comercialização dos produtos derivados dessas atividades no Estado do Rio de Janeiro. Restrição ao mercado interestadual. Alegação de ofensa aos artigo 22, VIII e 24, VI da Constituição Federal. Ocorrência. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º e do art. 4º da Lei 7814/2017 do Estado do Rio de Janeiro. (STF - ADI: 5995 RJ 0077103-67.2018.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/05/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/10/2021).

Ainda nesse sentido, o advogado Gustavo Ramos (2021), representante da Humane Society Internacional (HSI) no caso, afirma que:

> A decisão do STF, ao declarar constitucional a lei do Estado do Rio de Janeiro na parte que veda a utilização de animais em testes para a produção de cosméticos e afins, representa uma vitória da causa do bem-estar animal em todo o mundo, em prol da eliminação da imposição desnecessária de sofrimento aos animais. Privilegiou-se a diretriz constitucional de proteção à fauna e do reconhecimento da ética animal como um valor intrínseco e independente do interesse dos humanos. A decisão do STF impulsiona ainda, haja vista a densidade dos votos vencedores, a edição de legislações semelhantes em outros Estados no Brasil e até mesmo a edição de uma lei semelhante em nível federal, na linha do movimento global capitaneado por entidades como a Humane Society Internacional – HSI, a quem representamos nesta causa.

Nesse sentido, o Estado do Amazonas também possui legislação própria sobre o assunto. Em 2015, foi promulgada a Lei 289/2015, a qual estabelece:

> **Art. 1.**º Fica proibida, no Estado do Amazonas, a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes, sem prejuízo do disposto em legislação Municipal, Estadual ou Federal.

É mister ressaltar que essa Lei também já teve sua constitucionalidade declarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5996. Dispõe a ementa:

> CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 289/2015 DO ESTADO DO AMAZONAS. PROIBIÇÃO DO USO DE ANIMAIS PARA O DESENVOLVIMENTO, EXPERIMENTOS E TESTES DE PRODUTOS COSMÉTICOS, DE HIGIENE PESSOAL, PERFUMES E SEUS COMPONENTES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DO ESTADO EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (ART. 24, VI, CF). NORMA ESTADUAL AMBIENTAL

> MAIS PROTETIVA, SE COMPARADA COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO (STF - ADI: 5996 AM - AMAZONAS 0077104-52.2018.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-105 30-04-2020).

Tem-se, portanto, a comprovação de que a temática é de extrema importância, sendo defendida, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, é indubitável que o ordenamento jurídico brasileiro tem demonstrado preocupação com os testes em animais, promovendo limites para que a experimentação animal proteja a integridade dos bichos e, consequentemente, o meio ambiente, o qual deve ser, de acordo com a Constituição Federal, ecologicamente equilibrado.

2.2 A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO ANIMAL

É importante destacar que a preocupação com a proteção animal se faz presente em todo o mundo. Um importante pilar na defesa dos animais foi a *British Cruelty to Animal Act*, diploma legal criado em 1822, na Inglaterra. Nele, foram definidas diversas formas de proteção aos animais, tratando, inclusive, sobre o uso deles nas pesquisas de cunho científico. Outrossim, em 1911, também na Inglaterra, foi apresentado um novo diploma legal, o *Protection Animal Act*, o qual pretendia poupar os animais de toda a crueldade causada pelo ser humano.

Outro importante marco foi a publicação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais (D.U.D.A), que foi o primeiro documento a tratar sobre a temática na esfera internacional. Em seu preâmbulo, discorre:

> Considerando que todo o animal possui direitos, Considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza, Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo, Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros. Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante, Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.

Criada pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

(UNESCO), a Declaração supracitada confere, aos animais, direitos equivalentes aos direitos dos seres humanos, mitigando a ideia de que o homem estaria acima dos bichos. Com isso, esses direitos passaram a ser considerados intrínsecos a todos os animais. Segundo Rodrigues, citado por Ferreira et al. (2018):

> [...] Mas apenas em 1978, foi apresentado o feito mais louvável em proteção dos Direitos dos Animais: a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da qual diversos países são signatários, inclusive o Brasil, muito embora não a tenha ratificado até a presente data. Ainda que existam inúmeras convenções internacionais e lei protecionistas, essa Declaração é a mais bela obra existente em prol da vida e da integridade dos Animais.

Logo, foi garantido, no cenário internacional proteção e respeito a eles, apresentando os animais como sujeitos de direitos. Sendo assim, Caroline Scandiuzzi define que:

> O sujeito de direito é todo e qualquer ente apto a ser titular de direitos e adquirir deveres, não apenas o ser humano, mas também os determinados em lei. É necessário observar que de acordo com o direito moderno, a visão de que apenas a pessoa é sujeito de direito esta equivocada.

Em busca de uma relação equilibrada entre seres humanos e os demais animais, diversos países têm apresentado legislações que proíbem as práticas de tortura, nas quais os animais são inseridos na experimentação.

Nesse contexto, a China foi um dos países pioneiros a revogar a obrigatoriedade do uso de animais em testes de produtos de beleza e higiene pessoal. Inicialmente, é mister destacar que o país não possui muitas leis voltadas aos animais. De acordo com a Associação Mineira de Defesa do Ambiente - AMDA (2019):

> A proibição dos testes é uma tendência mundial que abarca até países como a China, cujas leis sobre bem-estar animal são escassas e ineficientes, permitindo, em muitos casos, que animais sejam cruelmente mortos em comemorações, a exemplo do Festival de Carne de Cachorro.

Por sua vez, a União Europeia, proibiu, em 2003 a utilização de animais em testes de cosméticos e em testes de ingredientes. Além disso, desde 2009 também é proibida a venda de produtos que realizem esse tipo de testes na sua cadeia produtiva. Logo, a regra não se aplica apenas aos produtos produzidos no continente Europeu, ela se estende aos importados.

São diversas as legislações de proteção animais existentes em todo o mundo, fator que ressalta a importância desse cuidado. A partir dos exemplos citados acima, é evidente a preocupação com os animais.

3 A EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL

A utilização dos animais para fins de pesquisa é uma prática iniciada na Antiguidade, sendo utilizada em diversos momentos da história, persistindo até os dias atuais. Nesse sentido, Presgrave (2014) afirma: "O uso de animais remonta há muitos séculos, quando surgiram os estudos nas áreas de anatomia e fisiologia".

Ocorre que, constantemente, essa forma de experimentação é alvo de críticas, gerando debates éticos e morais, uma vez que os animais são submetidos a situações de crueldade em nome do avanço da ciência e das indústrias.

Para conceituar essa prática, Guimarães, Freire e Menezes (2016), discorrem que, *verbis:*

> A experimentação animal pode ser entendida como a prática de realizar intervenções em animais vivos ou recém-abatidos com a finalidade de beneficiar o conhecimento científico. Apesar de desenvolvido desde a Antiguidade, o procedimento é capaz de ferir a sensibilidade humana e, mais atualmente, desperta discussão entre a comunidade acadêmica e a sociedade protetora dos animais.

A partir dela, são testados medicamentos, produtos, vacinas, substâncias, cosméticos, entre outros, para análise de funcionalidade e segurança para comercialização.

Em um cenário em que se questionou sobre a possibilidade de realização desta prática, algumas figuras foram decisivas para a manutenção dela. Nesse contexto, Aristóteles contribuiu de forma significativa com a negação dos direitos dos animais. Para ele, os animais e todos os outros seres estariam à disposição do homem, servindo como instrumentos de manutenção e evolução da raça humana. Dessa forma, aduz que *verbis:*:

> Assim, podemos concluir, primeiro, que as plantas existem por causa dos animais; segundo, que todos os animais existem em benefício do homem, os domesticados para o uso que se pode fazer deles e pela comida que fornecem; quanto aos animais selvagens, embora nem todos sirvam como alimentos nem sejam úteis de outras maneiras, podem proporcionar

> roupas e ferramentas. Se, então, estamos certos em acreditar que a natureza nada faz sem uma finalidade, um propósito, ela deve ter feito todas as coisas especificamente em benefício do homem (ARISTÓTELES, 2005).

Além dele, René Descartes também contribuiu com o pensamento da objetificação dos animais. De acordo com Gordilho (2009) *verbis:*

> René Descartes, vai levar ao extremo as ideias antropocêntricas ao afirmar que os animais são destituídos de qualquer dimensão espiritual e, embora dotados de visão, audição e tato, são insensíveis à dor, incapazes de pensamento e consciência de si.

Ainda seguindo a ideia de objetificação dos animas, o Código Civil Brasileiro de 1916 apresentou, no artigo 47, o entendimento que "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia". Nesse vértice, os animais estariam enquadrados nessa categoria, sendo tratados como mercadoria, sendo meramente propriedade de seus donos. Vale frisar que esse artigo foi revogado pela Lei nº 5197/67.

Tem-se, portanto, a exemplificação de alguns ideais que serviram como base para o desenvolvimento da experimentação animal. Além disso, é possível concluir que a temática da experimentação animal vem sendo discutida há anos.

Nesse sentido, é indubitável que a evolução científica está diretamente relacionada com as experiências empíricas. Porém, é necessário refletir até que ponto a crueldade imposta aos animais respeita, sobretudo, os limites legais.

Diante de toda a polêmica envolvendo a experimentação animal, foram estabelecidos princípios orientadores, cujo objetivo é direcionar os caminhos a serem percorridos para o desenvolvimento desse tipo de pesquisa. Dessa forma, na década de 50, William Russell e Rex Burch criaram o "Princípio dos 3 R's". Nesse sentido, a pesquisa que utiliza animais deve ser pautada na *Reduction* (redução), *Replacement* (substituição) e *Refinement* (refinamento).

A substituição consiste na troca do uso dos animais por métodos alternativos. Já as justificativas para redução, segundo Goldim (1997) *verbis:*

> Envolvem questões éticas e morais; de compaixão; de conservação ambiental; de natureza científica, econômica, política e até mesmo as requeridas por lei. A redução do número de animais utilizados, acompanhada pelo aumento da qualidade do tratamento estatístico dado para pequenas amostras, pode ser uma importante alternativa.

Por sua vez, o refinamento consiste na utilização de técnicas capazes de diminuir os efeitos colaterais causados nos bichos, como tentativa de minimizar o sofrimento a que são submetidos.

De acordo com Presgrave (2014) *verbis:*

> A partir de 1760, com Ferguson, e ao longo do século XIX, com Marshall Hall e Jeremy Bentham, a ideia de substituir o uso de animais começou a ganhar espaço. Apesar de Russell e Burch terem lançado o conceito dos 3Rs (Replacement, Reduction and Refinement – Substituição, Redução e Refinamento) em 1959, até o final da década de 1970 poucos estudos foram desenvolvidos na busca de métodos alternativos de pesquisa e desenvolvimento de produtos. Esse cenário começou a mudar apenas em meados da década de 1970, com movimentos na Europa de ativistas contrários ao uso de animais pelas indústrias cosméticas.

Logo, mesmo com diversas teses opostas à experimentação pautada no uso de animais, o tema continuou gerando diversos debates.

3.1 A FISCALIZAÇÃO DA EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL NO BRASIL

De acordo com o anteriormente citado no presente trabalho, não resta dúvidas a proteção animal é uma preocupação geral, a qual recebe amparo nas legislações nacionais e internacionais. Entretanto, para que as leis cumpram o seu papel, ou seja, para que produzam efeitos, é necessário que haja a regulamentação das atividades que utilizam os animais em sua cadeia produtiva, notadamente no uso deles como forma de experimentação. Nesse viés, MOREIRA (2017, p. 125), expõe *verbis:*

> [...] mesmo com a assinatura da Declaração pelos países signatários,ainda hoje, os animais são vítimas de todo tipo de desrespeito, maustratos e atos cruéis, incluindo tanto os animais selvagens quanto silvestres. As ações humanas ainda provocam o sofrimento de muitos animais domésticos.

Dessa forma, com o objetivo de fiscalizar a experimentação animal e a sua conformidade com a legislação vigente acerca da experimentação, foi criado e regulamentado, através da Lei 11.794, de 8 de outubro de 2008 e do Decreto nº 6.899, de 15 de julho 2009, o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (Concea).

Nesse sentido, o Concea é um órgão que integra o Ministério da Ciência,

Tecnologia, Inovações. Constitui-se em instância colegiada multidisciplinar de caráter normativo, consultivo, deliberativo e recursal. Nesse viés, aduz Patrícia Francisco (2013) *verbis:*

> Faz parte da missão do Concea zelar e colaborar para que o uso de animais para propósitos científicos e didáticos, quando necessários, sejam realizados de maneira ética e de acordo com as normas brasileiras e internacionais, respeitando-se a vida, opondo-se a práticas cruéis e ao uso desnecessário de animais. Desta forma, o Conselho preocupa-se para que a ética e bem estar animal sejam respeitados.

Dentre algumas das atribuições do referido Conselho, estão a formulação de normas com objetivo de utilizar, de maneira humanitárias, os animais em experimentos, a regulamentação dos centros de manutenção ou utilização dos animais em pesquisa, o credenciamento das instituições que utilizam esse tipo de experimentação.

Ainda como forma de fiscalização e consequente proteção aos animais utilizados em experimentos, foi criado, em 2012, o Centro Brasileiro para Validação de Métodos Alternativos (BraCVAM). Dessa forma, cabe a ele a identificação dos métodos alternativos existentes em todo o mundo, adaptando às demandas nacionais e estimulando a substituição dos métodos tradicionais. Além disso, também tem como função receber as propostas de métodos alternativos, para que sejam submetidos a aprovação.

Além disso, também foi estabelecida a Rede Nacional de Métodos Alternativos ao uso de animais (RENAMA). Essa rede foi criada com fundamento na teoria dos 3Rs anteriormente citada e busca reduzir a utilização dos animais em testes, substituindo por métodos de igual ou superior eficiência.

Outrossim, para regulamentar as experimentações com uso de animais, foram criadas as Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs). Essas comissões devem ser credenciadas pelo Concea e são responsáveis por avaliar todos as atividades que envolvam a utilização de animais vivos, seja para ensino, seja para realização de pesquisas.

Resta claro, portanto, a preocupação em fiscalizar a prática da experimentação pautada no uso animal. Inclusive, tem-se a clara demonstração na preocupação com a utilização de possíveis métodos alternativos para a referida prática.

Entretanto, mesmo com todos esses mecanismos de fiscalização, ocorreu, em 2013, no Brasil, uma grande polêmica envolvendo a experimentação animal. No chamado “Caso Beagle”, o Instituto Royal, sediado na cidade de São Roque, no Estado de São Paulo, foi denunciado por submeter cachorros da raça beagle e coelhos à experimentos extremamente violentos, utilizando práticas que acabavam gerando ferimentos, mutilações e morte. Essas práticas eram utilizadas para testar a segurança de alguns medicamentos.

A partir desse acontecimento, a preocupação com a experimentação animal começou a ser mais presente na sociedade, uma vez que o caso gerou enorme comoção social.

4 TESTES EM ANIMAIS NA INDÚSTRIA DOS COSMÉTICOS

Inicialmente, torna-se imprescindível conceituar o que são cosméticos. De acordo com o art. 3º, inciso V, da Lei Federal nº 6360/76 *verbis:*

> **V -** Cosméticos: produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquilagem e óleos cosméticos, ruges, "blushes", batons, lápis labiais, preparados anti- solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros;

Na sociedade atual, a indústria de produção desses produtos representa um importante pilar na economia do mundo todo. De acordo com Weber (2020), o Brasil é o quarto maior mercado de beleza e cuidados pessoais do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Japão.

Ainda nesse viés, a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos – ABIHPEC (2021) afirma que Exportações do setor de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos cresceram 16.4% em 2021.

Logo, se há um importante crescimento nesse ramo, uma das principais consequências acaba sendo o aumento da produção, bem como a criação dos novos produtos para atender os novos anseios dos consumidores. É nesse cenário de

necessidade de produção desenfreada em que se encaixam os testes em animais. De acordo com a Organização Não Governamental (ONG) Ética Animal *verbis:*

> Os testes em animais para produção de cosméticos ocorrem principalmente porque, a cada ano, milhares de novos cosméticos e produtos de uso doméstico chegam ao mercado. Em muitos países, todos esses novos produtos são testados em animais. Algumas vezes, são os produtos finais que são testados; em outras, são os ingredientes separados usados na composição.

É indubitável que muitos animais, especialmente coelhos, são utilizados em laboratórios para os processos de elaboração e criação dos cosméticos. De acordo com a Associação Mineira de Defesa do Ambiente (AMDA), em 2016, mais de 115 milhões de bichos foram submetidos à essa prática.

Porém, conforme será exposto a seguir, esses testes são pautados pela crueldade com os animais, não sendo levados em consideração os seus sentimentos e bem-estar. Segundo Fiorillo, Como forma de exemplificar esse tratamento, também de acordo com a AMDA (2018) *verbis:*

> A fofura dos coelhos não os isenta da crueldade. Para verificar reações, cosméticos são pingados em seus olhos e como podem causar dor, os coelhos são imobilizados por suportes no pescoço, para evitar que se mutilem, arrancando os próprios olhos. Também é comum o uso de clipes de metal nas pálpebras para manter seus olhos abertos, enquanto se observa os efeitos do produto.
> É comum que os testes sejam realizados sem anestesia e, como reação à substância testada, podem ocorrer inflamações, úlceras oculares e hemorragia. Em casos extremos, o animal pode ficar cego. Depois de passar por todo esse sofrimento, o coelho é sacrificado para análise dos efeitos das substâncias em seu organismo.

São diversos os testes realizados nos animais pela indústria cosmética. Porém, a maioria deles acaba resultando nos mesmos efeitos, qual sejam queimaduras, sangramentos, ferimentos e até mesmo a morte.

Uma das grandes desumanidades praticada nos testes é a chamada dose letal. Nesse tipo de teste, o animal é utilizado para determinar qual a quantidade de determinada substância pode ser suportada pelo organismo humano. Para que esse teste seja realizado, ainda de acordo com a AMDA (2018) *verbis:*

> Os macacos são as maiores vítimas por terem o organismo mais parecido com o nosso. Uma sonda gástrica é inserida na garganta do animal para forçá-lo a ingerir a substância a ser testada, o que quase sempre provoca dor,

> convulsão, diarreia, sangramentos e lesões internas nos animais.
> O objetivo é saber qual é a dose máxima que o organismo pode suportar. Por isso, mesmo que a substância seja segura, é comum buscar uma concentração que leve as cobaias à morte. O estudo é feito em um grupo de animais e a tortura dura alguns dias até que metade morra - daí o nome LD 50 (sigla em inglês para dose letal 50%). Os que sobrevivem também são sacrificados.

Além disso, há o chamado Teste de Draize. Por meio dele, é medida a toxidade de determinada substância. Para isso, os animais são imobilizados e e a substância é aplicada em sua pele ou olho, podendo permanecer dessa maneira durante 14 dias para monitoramento dos efeitos. Nesse experimento, os coelhos são as principais cobaias utilizados

Outrossim, outro experimento utilizado pela indústria cosmética é o Teste da Toxidade Aguda. Nele, os animais são submetidos à exposição de substâncias químicas por até 3 (três) meses para testar os efeitos delas nos diferentes órgãos do organismo do bicho. Como consequência, eles podem sofrer convulsões, paralisia, crises epiléticas, podendo resultar em morte. Nesse experimento são utilizados, principalmente, cachorros e camundongos.

Por sua vez, nos Testes de Irritação e Corrosão da Pele, os animais, notadamente coelhos, são imobilizados e tem sua pelagem raspada para aplicação da substância em análise. Esse processo busca analisar qual o efeito da substância na pele, podendo durar até 14 (quatorze) dias. Importante destacar que em nenhum momento pode ser feito uso de analgésicos, ou seja, os animais são literalmente expostos a dores excessivas.

Já nos Testes de Sensibilização Dérmica, os animais são submetidos às substâncias para determinar o potencial alérgico delas. Dessa forma, elas podem causar inflamação, úlceras, escamação, entre outros.

Por outro lado, no Teste de Toxicocinética, substâncias são injetadas nos animais com o objetivo de conferir a velocidade que as substâncias tóxicas levam para se deslocar pelo organismo. Constantemente os animais têm amostras de sangue retiradas para análise das questões pretendidas, fator que acaba resultando na sua morte.

Seguindo exemplos como os supracitados, resta evidente o sofrimento a que são submetidos os animais em prol dos seres humanos. Dessa forma, comprova-se a crueldade na qual são submetidos os animais que são utilizados nos laboratórios da

indústria cosmética.

Além disso, é indubitável que eles são tratados como objetos descartáveis, uma vez que, se não morrerem durante o experimento, são sacrificados ao final dele. Ademais, mesmo após a morte, eles continuam servindo como parâmetro de análise.

4.1 O MOVIMENTO *CRUELTY FREE*[3]

A partir do momento em que as pessoas começaram se preocupar mais com a sustentabilidade e com a responsabilidade ambiental, a busca pela origem dos produtos que estão consumindo foi se tornando cada vez maior. Segundo a Sociedade Vegetariana Brasileira – SVB (2021) *verbis:*

> A crescente preocupação dos consumidores com o meio ambiente e o respeito aos animais tem impulsionado o número de lançamentos de marcas chamadas 'cruelty free' e 'clean beauty' no mercado de cosméticos.

Como resultado dessa nova forma de consumo, surgiu o movimento *Cruelty Free* (livre de crueldade), o qual visa acabar com os testes e quaisquer atividades que utilizem animais na cadeia produtiva. Dessa forma, os produtos considerados *Cruelty Free* não podem utilizar qualquer tipo de substância com origem animal, seja no próprio produto, seja em algum insumo ou ingrediente a ser utilizado na produção.

Os produtos que seguem essas diretrizes, recebem os chamados selos, os quais são estampados nas embalagens para que seja possível a identificação deles como parte integrante do movimento. Esses selos são concedidos principalmente pela *People for the Ethical Treatment of Animals* (PETA), a qual representa uma das maiores organizações internacionais de defesa dos animais.

Nesse contexto, diversas marcas, nacionais e internacionais, já adotaram o selo desse movimento. Dentre elas, O Boticário, Natura, Eudora, Vult, Vizzela Cosméticos, Sallve, Ruby Rose.

É mister destacar que há uma diferença quando se fala em produtos veganos e produtos *Cruelty Free*. Esses não utilizam ingredientes testados em animais e não utilizam essa forma de experimentação na sua produção. Já aqueles, não utilizam na produção qualquer ingrediente que possua origem animal, a exemplo do mel e leite.

[3] Em tradução livre: "livre de crueldade"

5 A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS

Diante da crueldade utilizada nos laboratórios e o anseio pelo fim da utilização dos animais como objetos para experimentos, foram criados métodos, os quais visam acabar com essa forma de experimentação. Nesse sentido, a partir do desenvolvimento tecnológico da humanidade, foram criados os chamados métodos alternativos. De acordo com Pedro (2021), *verbis:*

> A conceituação e o desenvolvimento de métodos alternativos foram iniciados em 1969, no Reino Unido, com a criação do Fund for the Replacement of Animals in Medical Experiments – FRAME, sendo essa a primeira iniciativa em prol do Princípio dos 3Rs. Com o avanço da área científica e a descoberta de diferenças metabólicas entre humanos e animais, percebeu-se a necessidade do desenvolvimento de modelos alternativos validados, o que alavancou os estudos nessa área.

Dessa forma, os métodos alternativos são aqueles que podem ser utilizados para substituir, reduzir ou refinar o uso dos animais para fins de pesquisas. É importante destacar que a Lei Arouca, a qual foi anteriormente citada no presente artigo, estabelece que, na existência de métodos alternativos, a utilização de métodos tradicionais será considerada prática ilegal. Tem-se, portanto, uma proteção legal ao uso dos métodos que não utilizam animais para pesquisa.

Esses métodos representam uma tendência mundial, sendo adotados nos mais diversos países. Nesse sentido, Pedro (2021) expõe *verbis:*

> Nesse contexto, quando se trata de métodos alternativos ao uso de animais, o Brasil segue avançando no sentido de desenvolver e validar técnicas que possam substituir por completo a aplicação de animais em diversos testes ou reduzir e refinar a sua utilização.

O Princípio dos 3R"s funcionam como estrutura base para a elaboração dos métodos alternativos. Neste sentido, aduz Eberlin et al. (2019), *verbis*:

> Atualmente, esse princípio é considerado uma base para a realização de ciência de alta qualidade nos setores acadêmico e industrial com foco no desenvolvimento de abordagens alternativas que evitem o uso de animais, incluindo a necessidade de desenvolvimento de modelos e ferramentas que reflitam mais de perto a biologia humana e predigam com maior precisão a segurança e a eficácia de novos produtos.

No Brasil, como foi anteriormente citado no presente trabalho, cabe ao

Concea, juntamente com a BRACVAM e RENAMA a regulamentação e validação desses métodos no Brasil. Dessa forma, Eberlin et al. (2019) expõe *verbis*:

> Em 2014, o BraCVAM recomendou o uso de 24 métodos alternativos validados e publicados pela OCDE,3-4 que foram reconhecidos pelo Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (Concea) e resultaram na publicação das resoluções normativas (RNs) n.º 17 (de 7/7/2014),5 n.º 18 (de 24/9/2014)6 e n.º 31 (de 18/8/2016)7. O reconhecimento desses métodos pela Anvisa foi deliberado pela resolução da diretoria colegiada (RDC) n.º 35 (de 10/8/2015).8 As resoluções normativas estabeleceram o prazo limite de 5 (cinco) anos para a substituição obrigatória dos métodos originais pelos alternativos. Dessa forma, em 2019, entraram em vigor os 17 métodos contemplados na RN n.º 18 e, em 2021, passarão a vigorar os 7 métodos citados na RN n.º 31.

Diante disso, resta clara a preocupação do Brasil na criação, adoção e validação desses métodos alternativos nas pesquisas realizadas em todo o território nacional.

No que diz respeito ao uso dos métodos alternativos na indústria dos cosméticos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no ano de 2015, aprovou uma norma, a qual apresentou como objetivo a redução do uso de animais em testes de diversos produtos, dentre eles cosméticos. Com isso, foi fomentada a utilização dos métodos alternativos já reconhecidos no país.

Atualmente, são diversos os métodos alternativos reconhecidos pelo CONCEA. De acordo com Pedro (2021): "Atualmente, o CONCEA reconhece 25 métodos alternativos ao uso de animais, que apresentam o total de nove desfechos". Nesse contexto, nas Resoluções Normativas nº 18, de 24 de setembro de 2014 e nº 31, de 18 de agosto de 2016 o referido Conselho reconheceram diversos métodos, dentre eles métodos para avaliação: do potencial e corrosão da pele, potencial de irritação e corrosão ocular, do potencial de fototoxicidade, da absorção cutânea para avaliação do potencial de sensibilização cutânea, de toxicidade aguda, e de genotoxicidade. Tem-se, portanto, a divisão dos métodos em 7 (sete) grupos.

Logo, é evidente que, no Brasil, já há, para além dos métodos tradicionais, os quais são pautados na utilização de animais como cobaias, métodos alternativos, livres de crueldade para a produção dos cosméticos.

Conforme o apresentado neste capítulo, surge um questionamento: se há métodos alternativos disponíveis, por qual motivo a utilização deles ainda não ocorre como principal maneira de experimentação? Uma das principais causas são as

dificuldades burocráticas para importação de materiais. Cabe destacar como exemplo o kit de pele humana para realização de análise de irritação cutânea. Sobre o assunto, Presgrave citado pela FIOCRUZ et al. (2013) *verbis*:

> Um kit com esse material dura cerca de uma semana e o processo alfandegário vai além disso... Se não conseguirmos vencer esses entraves de processos burocráticos, a pesquisa com esses kits fica inviabilizada. Em São Paulo, há estudos para o desenvolvimento de um kit nacional, mas o modelo ainda precisa ser validado frente ao utilizado internacionalmente, o que constitui mais uma barreira que temos que vencer.

Dessa forma, é comprovado que ainda existem muitos obstáculos estatais que, na prática, impedem a utilização dos métodos alternativos, favorecendo a realização de métodos pautados na crueldade.

Sobre a temática, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais estabelece, no Art. 11: "Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é um crime contra a vida". É evidente que a morte dos animais, decorrente da utilização deles em experimentos para a elaboração e formulação de cosméticos é desnecessária, pois já existem métodos alternativos disponíveis.

6 CONCLUSÃO

Embora não haja, no Brasil, uma norma que veda expressamente o uso de animais para fins de pesquisa, a preocupação com a vedação aos maus tratos é indubitável. Isso se deve, sobretudo à extensa legislação existente no território nacional e internacional acerca da temática.

Diante de todo sofrimento a que são submetidos os animais para testar a segurança de cosméticos para humanos, é evidente que essa prática é ultrapassada e desnecessária, além de representar, de forma expressa, uma atividade que vai de encontro à proteção prevista na legislação.

Nesse sentido, a sua manutenção está relacionada, dentre outros fatores, ao comodismo, pois torna-se extremamente mais fácil manter um processo de criação a partir de modelos usados há muitos séculos, à inserir novas práticas, as quais demandariam novos estudos e, principalmente, tempo para adequação.

Além disso, apesar de existirem diversos órgãos responsáveis por estimular o uso dos métodos alternativos no território brasileiro, ainda não são fornecidos

subsídios estatais que efetivamente fomentem a utilização desses métodos. Dessa forma, as empresas não desenvolvem a preocupação, nem enxergam a real necessidade de utilizá-los, pois a dificuldade para a sua inserção começa até mesmo nas barreiras para importação dos materiais necessários.

Portanto, compreende-se que a indústria dos cosméticos viola de forma clara e evidente os limites impostos na legislação de proteção animal. Diante disso, a experimentação que é pautada na utilização de animais para produção de cosméticos deve ser proibida, sendo permitida apenas a utilização dos métodos alternativos, pois a exploração dos animais para o benefício da ciência não deve, em qualquer hipótese, submetê-los à crueldade. Por fim, destaca-se essa prática contribui para a formação de um meio ambiente desequilibrado, o qual tem potencial para trazer enormes problemas para as futuras gerações, desrespeitando a própria Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Lei Estadual nº 289** de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2015/9412/9412_texto_in te gral.pdf>. Acesso em 15 out.2021.

ANIMAIS são cruelmente torturados para testar cosméticos e produtos de higiene. Disponível em: https://www.amda.org.br/index.php/comunicacao/noticias/5071-animais-sao-cruelmente-torturados-para-testar-cosmeticos-e-produtos-de-higiene . Acesso em 04 nov. 2021.

ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Nova Cultural, 313 pp., 2005, pg 156. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Federal 6360** de 23 de setembro de 1976. Brasília,DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 15 out.2021.

BRASIL. **Lei Federal 9.605** de 12 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais, Brasília,DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 15 out.2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei Federal 11.794** de 08 de outubro 2008. Lei Arouca, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 5995 RJ 0077103-67.2018.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 5996 AM - AMAZONAS 0077104-52.2018.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-105 30-04-2020.
Certificação vegana cresce e ganha força entre cosméticos. Disponível em <https://www.svb.org.br/2644-certificacao-vegana-cresce-e-ganha-forca-entre-cosmeticos>. Acesso em 18 out. 2021.

EBERLIN, et al. Métodos Alternativos para Avaliação de Segurança de Produtos no Brasil. Disponível em <https://www.cosmeticsonline.com.br/ct/painel/class/artigos/uploads/9f52d-CT316---18-28.pdf>. Acesso em 18 out. 2021.

EXPERIMENTAÇÃO de cosméticos e produtos domésticos. Disponível em <https://www.animal-ethics.org/experimentacao-cosmeticos-produtos-domesticos/#sdfootnote6sym>. Acesso em 18 out. 2021.

FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. Evolução da proteção jurídica dos animais **Conteúdo Juridico**, Brasilia-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protecao-juridica-dos-animais>. Acesso em: 15 out. 2021.

FRANCISCO, Patrícia. Conselho de controle de experimentação animal divulga nota. 2013. Disponível em <https://patriciafrancisco.jusbrasil.com.br/noticias/112009613/conselho-de-controle-de-experimentacao-animal-divulga-nota>. Acesso em 18 out. 2021.

GOLDIM, José Roberto. Princípios Gerais da Pesquisa com Animais. **Pesquisa em Saúde e os Direitos dos Animais**. 2 ed. Porto Alegre: HCPA, 1997.
GORDILHO, Heron J. de Santana. **ABOLICIONISMO ANIMAL**: habeas corpus para grandes primatas. 2ª ed. Bahia.: EDUFBA, 2017.

GUIMARÃES, Mariana Vasconcelos; FREIRE, José Ednésio da Cruz; MENEZES, Lea Maria Bezarra de. 2016. **Utilização de animais em pesquisas:** breve revisão da legislação no Brasil. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983- 8034-bioet-24-2-0217.pdf > Acesso em 20 de abril de 2019.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 366 pp., 2006.

LACERDA, Gabriela Farias**. Vivissecção**: tratamento cruel ou ciência necessária? uma análise jurídica sobre o uso de animais para
práticas experimentais e didáticas. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUR-2458_Gabriela%20Farias%20Lacerda.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

MÉTODOS alternativos: conheça o BraCVAM e entenda os desafios para a substituição de animais em pesquisas no Brasil. Disponível em <https://agencia.fiocruz.br/m%C3%A9todos-alternativos-conhe%C3%A7a-o- bracvam-e-entenda-os-desafios-para-substitui%C3%A7%C3%A3o-de-animais-em>. Acesso em 18 out.2021.

MOREIRA, Ana Selma. **Eu sou animal**: reflexões jurídicas sobre proteção e respeito aos animais. Joinville, SC. Manuscritos Editora. 2017.

NUNES-NETO, Nei; CONRADO, Dália Melissa. **ENSINANDO ÉTICA**. Educação em Revista, Belo Horizonte, V.37, p. 14. 2021.

PEDRO, Desenir Adriano. Métodos alternativos ao uso de animais em ensino e pesquisa: evolução e panorama atual do brasil. **Enciclopédia biosfera**, Centro Científico Conhecer – Jandaia-GO, v.18 n.37, 2021.

PINHEIRO, Gilberto. O especismo de René Descartes e as críticas de Voltaire. **AMAERJ**, Rio de Janeiro, 14 de out. 2015. Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/o-especismo-de-rene-descartes-e-as-criticas-de-voltaire/> Acesso em: 05 nov 2021.

PRESGRAVE, Octavio Augusto França. **O uso de animais no desenvolvimento de cosméticos e as alternativas.** 2014. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/11071/1/Info_CRQ_125_12-13.pdf> Acesso em 04 nov. 2021.

RAMOS, Gustavo. Lei do RJ que proíbe uso de animais em testes de cosméticos é considerada constitucional pelo STF. Disponível em <https://www.mauromenezes.adv.br/lei-do-rj-que-proibe-uso-de-animais-em-testes-de-cosmeticos-e-considerada-constitucional-pelo-stf/>. Acesso em 15 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei Estadual 7.814** de 15 de dezembro de 2017. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: < https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/533361597/lei-7814- 17-rio-de-janeiro-rj> . Acesso em 15 out.2021.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Fundamentos do direito animal constitucional**. São Paulo: 2009.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

SOUZA, Luana Caldas de. **Direito da Fauna e a Ética nas Experimentações Científicas**. Rio de Janeiro, 2010.

TESTES de cosméticos em animais deixam de ser obrigatórios na China. Disponível em: <https://www.amda.org.br/index.php/comunicacao/noticias/5545-testes-de-cosmeticos-em-animais-deixam-de-ser-obrigatorios-na-china>. Acesso em 04 nov. 2021.

UNESCO – ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Disponível em <https://www.crmv-ce.org.br/images/PDF/DECLARAO-UNIVERSAL-DOS- DIREITOS-DOS-ANIMAIS.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

WEBER, Mariana. Brasil é o quarto maior mercado de beleza e cuidados pessoais do mundo. **Forbes**, 4 de jul. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/principal/2020/07/brasil-e-o-quarto-maior-mercado-de-beleza- e-cuidados-pessoais-do-mundo/> Acesso em: 18 out. 2021.

PATRULHA MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA ATUAÇÃO E EFICÁCIA NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE NATAL – RN

Marianna Bila Couceiro Costa[1]
João Batista Machado Barbosa[2]

RESUMO

O presente estudo parte da investigação e da análise do trabalho da Patrulha Maria da Penha na cidade de Natal/RN, de forma a analisar a sua efetividade. Para tanto, faz-se uma perspectiva histórica sobre a violência doméstica no Brasil, abordando alguns conceitos essenciais e o ciclo da violência doméstica. Para melhor dimensionar a violência contra a mulher na cidade de Natal/RN, foi realizado um levantamento estatístico apresentando o número de ocorrências atendidas de lesão corporal em violência doméstica. Além disso, procurou-se aqui descrever a forma de atuação dos policiais atuantes na Patrulha, bem como, a atuação da Patrulha Maria da Penha, os encaminhamentos realizados e a sua abrangência. Por fim, procura-se expor as impressões e os resultados obtidos a respeito da sua eficácia. O método de abordagem utilizado neste trabalho é o dedutivo e no tocante aos métodos de procedimentos, utilizou-se o método histórico e o comparativo.

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Patrulha Maria da Penha.

MARIA DA PENHA PATROL: AN ANALYSIS ABOUT ITS ACTION AND EFFECTIVENESS IN FIGHTING VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE CITY OF NATAL – RN

ABSTRACT

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Rio Grande do Norte. UNI-RN. E-mail: marianna_bila@hotmail.com.
[2] Professor Mestre. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: jbmb@uol.com.br

This study starts from the investigation and analysis of the work of Patrulha Maria da Penha in the city of Natal/RN, in order to analyze its effectiveness. Therefore, a historical perspective on domestic violence in Brazil is made, approaching some essential concepts and the cycle of domestic violence. To better measure violence against women in the city of Natal/RN, a statistical survey was carried out showing the number of cases of bodily injury in domestic violence. In addition, we sought to describe here the form of action of police officers working in the Patrol, as well as the role of Patrulha Maria da Penha, the referrals made and its scope. Finally, it seeks to expose the impressions and results obtained regarding its effectiveness. The approach method used in this work is the deductive one, and regarding the methods of procedures, the historical and the comparative method were used.

Keywords: Violence against women. Maria da Penha Law. Patrol Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral promover uma análise acerca da atuação e da eficácia do Programa Patrulha Maria da Penha no combate à violência contra a mulher na capital do Estado do Rio Grande do Norte.

Especificamente, no segundo capítulo deste trabalho, serão abordadas as mais diversas definições a respeito da violência contra a mulher, com o intuito de realizar um panorama geral a respeito da problemática. Na oportunidade, também será realizada uma discussão acerca dos tipos de violência a que são expostas as mulheres, assim como seus desdobramentos e o caráter cíclico dessa problemática.

Por sua vez, no capítulo três, serão analisados criteriosamente alguns dados oficiais, visando estabelecer um comparativo entre esses dados expostos e os resultados do combate à violência contra a mulher antes e posteriormente a implementação do Programa Patrulha Maria da Penha na cidade de Natal-RN, de maneira que seja averiguada a sua eficácia.

No capítulo quatro, será discutido a respeito da criação e da implementação do Programa Patrulha Maria da Penha no Estado do Rio Grande do Norte, dando ênfase na cidade de Natal, com vistas a explicitar a sua finalidade, dinâmica, atuação, políticas e diretrizes adotadas para o seu efetivo desenvolvimento.

Ainda no decorrer do capítulo quatro, também será apresentado de que forma está se dando a aplicação prática do programa na cidade de Natal. Já se encaminhando para o final, no capítulo cinco serão expostos os resultados obtidos com a implementação da Patrulha Maria da Penha.

A metodologia utilizada para cumprir seu objetivo foi a metodologia de cunho exploratório. Na ocasião, foi realizado um levantamento bibliográfico por meio de conceitos jurídicos, dispositivos legais, livros, doutrinas e jurisprudências. Posteriormente, partiu-se da organização de entrevistas com especialistas atuantes na área e na Patrulha Maria da Penha objetivando o esclarecimento de determinados pontos.

Quanto aos métodos de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, e no tocante aos métodos de procedimento foi utilizado o método histórico. Outrossim, ainda sobre os métodos de procedimento, foi utilizado o método comparativo, de forma a analisar os dados e os índices de violência contra a mulher na cidade de Natal antes e após ao início dos trabalhos da Patrulha.

A primeira entrevista com especialista foi realizada com Soraia Maria Bezerril Castelo Branco, atual coordenadora da Patrulha Maria da Penha, graduada em direito. A entrevista concedida na CIPRED, ocorreu no dia 16 de setembro de 2021, e tratou sobre o funcionamento e estratégias adotadas pela PMP.

Em seguida, no dia 17 de setembro de 2021, Sheila Maria Freitas de Souza Fernandes e Melo, atual secretária de Segurança Pública e Defesa Social de Natal, concedeu-nos uma entrevista na SEMDES.

2. PANORAMA GERAL SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

Preliminarmente, é de extrema relevância a compreensão no que concerne a conceituação do termo “violência”, enfatizando aquela cometida contra a mulher, em decorrência de seu gênero. Nesse sentido, aponta Maria Amélia de Almeida Teles, jornalista e escritora brasileira:

> Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É

> um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano. (TELES, 2002, p. 11).

Assim, é perceptível que a violência contra a mulher, apesar de não ser algo natural, tornou-se um entrave banalizado, perpetuando-se por toda a história da humanidade, sobretudo, em decorrência dos papéis distintos e bem definidos atribuídos a figura masculina e a figura feminina.

Ainda de acordo com Maria Amélia de Almeida Teles, ao tratar a respeito da violência de gênero, menciona:

> O conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. (TELES, 2002, p. 13).

Posto isso, depreende-se que essa discriminação não é advinda de características diferencias de ordem biológica, mas do estabelecimento de papéis sociais distintos aos homens e a mulheres, na qual reforçam a inferioridade da mulher, intensificam a cultura patriarcal, bem como criam empecilhos para o desenvolvimento de maneira plena daquela mulher ferindo seus direitos e liberdades essenciais.

Levando em consideração esses aspectos, Cavalcanti leciona que:

> Embora o álcool, as drogas ilegais e o ciúme sejam apontados como principais fatores que desencadeiam a violência doméstica, a raiz do problema está na maneira como a sociedade valoriza o papel masculino nas relações de gênero. Isso se reflete na forma de educar meninos e meninas. Enquanto os meninos são incentivados a valorizar a agressividade, a força física, a ação, a dominação e a satisfazer seus desejos, inclusive os sexuais, as meninas são valorizadas pela beleza, delicadeza, sedução, submissão, dependência, sentimentalismo, passividade e o cuidado com os outros. (CAVALCANTI, 2007, p. 36).

Diante da importância do tema, a edição da Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, além de representar um grande avanço e um marco histórico para a sociedade, serviu como uma forma de enfatizar a necessidade de criação de políticas públicas voltadas a erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Somado a isso, também colocou à disposição meios mais rígidos para a punição daquele infrator.

Em seu conteúdo, a Lei nº 11.340/2006 aborda algumas medidas protetivas, tais quais, o afastamento do agressor, a fixação de pensão alimentícia, a restrição de visitas aos dependentes menores, a suspensão de posse de armas, a proibição de contato com a vítima, o estabelecimento de um limite mínimo de distância, dentre outros.

A Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, intitulada como Lei Maria da Penha, constitui-se como uma referência a Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima de diversas agressões advindas por parte do seu marido durante boa parte de sua vida. Ainda sobre o tema, afirma Souza:

> Esse "nome" atribuído a Lei 11.340/06 encontra a sua razão de ser na luta desenvolvida pela vítima Maria da Penha Maia Fernandes que, diante da inoperância da legislação brasileira, sofreu reiteradas violências no âmbito familiar, culminando por ser vítima de uma tentativa de homicídio por parte do seu então marido, o qual tentou desviar a sua responsabilidade através da simulação de que a vítima teria sido atacada por ladrões desconhecidos e que haviam fugidos. Essas agressões foram seguidas de outras, terminando por deixar marcas físicas (paraplegia irreversível) e psicológicas, mas não impediram que a dor e o sofrimento fossem canalizados em favor da luta contra a violência (SOUZA, 2007, p. 30).

Não obstante, para os efeitos da Lei Federal nº 11.340/2006, em seu art. 5º, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Nesse ínterim, subsistem variadas formas e tipos de violência contra a mulher. A Lei nº 11.340/2006 mencionada acima, em seu artigo 7º, enumera cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outras, o que reconhece a não exaustividade do rol, nos termos:

> São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada,

> mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Outrossim, as diversas formas de violência supracitadas não são excludentes umas das outras, podendo ocorrer concomitantemente. Tal consideração é corroborada por Minayo (2003, p. 25), no qual "a 'violência' não é uma, é múltipla. De origem latina, o vocábulo vem da palavra vis, que quer dizer "força" e se refere às noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro". Com isso, verifica-se também que a questão da desigualdade sociocultural intensifica a problemática apresentada.

No tocante a violência psicológica, a autora Mary Susan Miller, acrescenta:

> Uma violência que não deixa marcas aparentes é tão sutil que sua vítima – a mulher – fracassa em reconhece-la como tal, embora vá, passo a passo, destruindo seu bem-estar e sua autoestima, criando um estado de confusão e incapacidade. Nessa condição, a esposa ou companheira é mantida numa relação de subserviência (MILLER, 1999, p. 10).

Desta forma, pode-se entender que, os danos emocionais decorrentes da violência psicológica em que aquela mulher está acometida, em diversos casos, não são passíveis de reversão, os quais acabam interferindo e dificultando as possibilidades de desenvolvimento daquela mulher vítima.

Nessa linha de perspectiva, conforme o Atlas da Violência de 2020, produzido pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em 2018, no Brasil, foram assassinadas 4.519 mulheres, o que significa uma taxa de 4,3 homicídios para uma proporção de 100 mil habitantes do sexo feminino. Além disso, no período compreendido entre 2017 e 2018, verificou-se uma redução na taxa geral de homicídios, o que representou uma queda de 9,3% dos casos.

Mesmo após mais de dez anos da promulgação da Lei nº 11.340/2006, a violência doméstica ainda se configura como sendo uma preocupação de âmbito

nacional, tendo em vista que, o Brasil ainda se encontra com elevados índices de violência contra a mulher. No ano de 2013, o Brasil ocupou a 5ª posição no ranking mundial referente às taxas de homicídio de mulheres (WAISEFISZ, 2015).

2.1 CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Ressalta-se que a violência contra a mulher é permeada por um ciclo, composto por uma fase de tensão, podendo durar dias ou anos, em seguida, verifica- se a fase da explosão, na qual há a materialização da violência e por fim, sucede-se a fase de arrependimento e reconciliação.

Ainda relativamente a esse ciclo, Maria da Penha, em sua obra "Sobrevivi... Posso contar", sinaliza:

> A violência doméstica contra a mulher obedece a um ciclo, devidamente comprovado, que se caracteriza pelo "pedido de perdão" que o agressor faz à vítima, prometendo que nunca mais aquilo vai acontecer. Nessa fase, a mulher é mimoseada pelo companheiro e passa a acreditar que violências não irão mais acontecer (PENHA, p. 23).

No que se refere as fases do ciclo da violência doméstica, particularmente, na fase de tensão, o agressor, tende a humilhar, intimidar e insultar a vítima diante da existência de atritos entre ambos, assim como, diante da quebra na expectativa gerada por parte do agressor de que a vítima cumpra os papéis estereotipados pela sociedade.

Em seguida, ocorrem as ameaças até a ocorrência, de fato, do episódio de violência e das agressões. Na fase de explosão, há também o fortalecimento da figura masculina como dominadora e a vítima passa a ter uma postura passiva, submissa. Por conseguinte, na fase de arrependimento, o agressor tende a ter atitudes que negam a violência vivenciada pela vítima associada a uma esperança de mudança, o que desencadeia uma idealização do parceiro por parte da vítima.

Nessa linha de abordagem, verifica-se também como um fator agravante ao ciclo da violência doméstica, o fato de muitas mulheres vítimas não conseguirem perceber que estão vivenciando o ciclo ou ainda, de não conseguirem identificar o tipo de violência a qual estejam submetidas.

A fim de corroborar com esse pensamento, a delegada Sheila Freitas, afirma:

> (...) infelizmente, a população, a maioria das mulheres, elas só entendem como violência doméstica, somente quando são agredidas fisicamente e não a agressão sexual, moral, psicológica, nem a patrimonial, elas não entendem isso. A gente vê no contato com essas mulheres, elas falarem "mas, ele é muito bom para mim, ele nunca me bateu..., mas, ele fica com meu cartão, o cartão que eu recebo do Bolsa Família, não sei nem para onde vai, porque ele fica com o meu cartão". Muitas trabalham também e eles têm o cartão, para comprar qualquer coisa tem que pedir a ele, não vestem a roupa que querem, não compram onde querem, são proibidas de ter amizades, de ter a convivência com os familiares, então tudo isso são tipos de violência em que a mulher acredita que é um cuidado que o homem está tendo com ela, quando, na realidade, não é. É violência, a mulher começa a adoecer (...) começa a ter uma pressão e isso tudo se transfere para os filhos (...) os filhos são criados dessa forma e eles tendem a reproduzir em seus relacionamentos futuros aquela mesma postura do pai (...).

Cabe frisar que é comum que esse ciclo se repita indefinitivamente em intervalos cada vez menores, de forma, ainda mais violenta.

3. DADOS ESTATÍSTICOS RELACIONADOS À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE NATAL

Segundo dados fornecidos pelo Centro Integrado de Operações de Segurança Pública (CIOSP), nos meses de março e abril referentes ao ano de 2019, foram registradas 1.286 ocorrências de violência doméstica no RN, em contrapartida, nos meses de março e abril de 2020, foram registradas 1.041 ocorrências, o que demonstra uma queda correspondendo a uma variação equivalente a 19,05%.

Por esse ângulo, para constatarmos a violência contra a mulher na cidade de Natal-RN, iremos dispor do número de ocorrências atendidas de lesão corporal em violência doméstica, distribuídas no período de 01 de janeiro de 2018 a 30 de junho de 2021, bem como do número de ocorrências atendidas por descumprimento de medida protetiva de urgência, em Natal-RN, no período de 01 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2021.

Os dados apresentados foram fornecidos pelo Centro Integrado de Operações de Segurança Pública (CIOSP), tendo como fonte a COINE, através da Secretaria Estadual da Segurança Pública e da Defesa Social.

Tabela 1 – Distribuição do número de ocorrências atendidas de Lesão Corporal em Violência Doméstica, em Natal-RN, no período de 01 de janeiro de 2018 a 30 de junho de 2021.

Variação Mensal	2018	2019	2020	2021	2018-2019	2019-2020
Janeiro	132	161	177	193	22,0%	9,9%
Fevereiro	162	152	152	153	-6,2%	0,0%
Março	153	197	160	148	28,8%	-18,8%
Abril	118	188	195	150	59,3%	3,7%
Maio	148	199	177	198	34,5%	-11,1%
Junho	157	176	178	176	12,1%	1,1%
Julho	147	139	163		-5,4%	17,3%
Agosto	159	163	193		2,5%	18,4%
Setembro	189	178	178		-5,8%	0,0%
Outubro	159	170	191		6,9%	12,4%
Novembro	184	167	170		-9,2%	1,8%
Dezembro	150	182	182		21,3%	0,0%
Total Geral	**1.858**	**2.072**	**2.116**	**1.018**	11,5%	2,1%

Fonte: COINE | Metodologia Tratamento de Dados Via Converge.

Tabela 2 – Distribuição do número de ocorrências atendidas de descumprimento de Medida Protetiva de Urgência, em Natal-RN, no período de 01 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2021.

Variação Mensal	2020	2021
Janeiro	0	4
Fevereiro	3	1
Março	0	2
Abril	1	4
Maio	0	0
Junho	0	7
Julho	1	
Agosto	6	
Setembro	1	
Outubro	0	
Novembro	1	
Dezembro	6	
Total Geral	**19**	**18**

Fonte: COINE | Metodologia Tratamento de Dados Via Converge.

Conforme os dados expostos, verifica-se um aumento na variação mensal do número de ocorrências atendidas de lesão corporal em violência doméstica nos meses de maio e junho de 2021, em comparação ao número de ocorrências atendidas também nos meses de maio e junho do ano de 2018 e 2019.

Além disso, verifica-se que o valor total geral da variação mensal dos anos de 2018 a 2020 também sofreu um crescimento alarmante. Nos anos de 2018 a 2019, o crescimento foi de 11,5%, por outro lado, nos anos de 2019 a 2020, esse aumento representou uma taxa de 2,1%.

Na ocasião, podemos associar o aumento nos índices de ocorrências atendidas a um aumento no número de mulheres que estão denunciando as agressões sofridas, mulheres essas que estão se sentindo mais encorajadas, em razão, principalmente, da maior difusão de informações a respeito dos instrumentos e da rede de proteção existente em favor dessa mulher.

Nesse diapasão, cabe ressaltar que nem todas as mulheres vítimas de violência doméstica na cidade de Natal-RN estão inseridas no Programa Patrulha Maria da Penha. Além disso, observa-se que os índices de ocorrências atendidas são alarmantes, o que reforça o argumento da necessidade de uma atenção voltada a mulher, assim como, da necessidade do desenvolvimento de estratégias voltadas ao combate da violência contra a mulher na cidade de Natal.

4. PROGRAMA PATRULHA MARIA DA PENHA

É certo que a Lei nº 11.340/2006 ao discorrer a respeito das Medidas Protetivas de Urgência demonstra ao agressor as consequências advindas em casos de descumprimento daquela ordem judicial, entretanto, ainda que haja essa delimitação, em muitos casos, o agressor retorna a prática da agressão, em decorrência, principalmente, da ausência física do Estado por meio das patrulhas policiais.

Como saída ao ciclo vicioso acima exposto associado a necessidade da fiscalização do cumprimento das Medidas Protetivas de Urgência deferidas em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar, no dia 08 de agosto de 2016 foi constituída a Lei Estadual nº 10.097 (Lei da Patrulha), a qual através de sua publicação, instituiu no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, patrulhas policiais, as quais são denominadas “Maria da Penha”, sendo elas compostas por policiais da

Companhia de Polícia Feminina, responsáveis por atuarem na prevenção, na assistência e no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher.

Além disso, a Lei Estadual nº 10.097/2016 também estabeleceu em seu artigo 1º, especificamente no §1º, que "O Poder Executivo deverá criar e implementar atendimento policial especializado às mulheres vítimas de violência doméstica".

Assim, no dia 23 de maio de 2017 efetuou-se o lançamento da Patrulha Maria da Penha por meio da Secretária de Segurança Pública e Defesa Social na sede do 4º Batalhão da Polícia Militar na Zona Norte. Na ocasião, compareceram as diversas autoridades envolvidas na Rede de atendimento às mulheres vítimas de violência, tais quais, o Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública, a Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM), dentre outras. A Patrulha, apesar de ter sido efetivada, não deu continuidade aos seus atendimentos em virtude, primordialmente, da redução do efetivo da Companhia de Polícia Feminina.

Nesse viés, no dia 09 de março de 2020, em decorrência do Decreto nº 29.496, houve a regulamentação da Lei Estadual nº 10.097/2016, com a finalidade de acolher e monitorar aquelas mulheres em situação de violência doméstica e familiar, as quais solicitem ou estejam amparadas por medidas protetivas de segurança. Dessa maneira, posteriormente a alguns ajustes internos da Polícia Militar do Rio Grande do Norte, a Patrulha Maria da Penha iniciou os seus trabalhos de forma efetiva.

Sob essa ótica, a Patrulha Maria da Penha é compreendida como um policiamento comunitário, na medida em que coexistem parcerias de trabalho entre a polícia e as respectivas comunidades visando a redução dessa mazela social. A Patrulha Maria da Penha realizou a inserção dos profissionais de Segurança Pública nos lares, de forma, a dar uma maior efetividade ao cumprimento das MPU's, bem como, de maneira a realizar um trabalho de acompanhamento e assistência frente aquelas mulheres agredidas.

Destarte, as políticas de segurança pública estão intimamente concatenadas com a garantia dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. Em vista disso, à medida em que o Estado garante políticas públicas de segurança eficientes, o número de direitos individuais e coletivos conservados tendem a ser maior. Nessa sequência, Sousa e Moraes, argumentam:

> A ordem constitucional erigida a partir de 1988 elegeu entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o

> desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e o respeito à dignidade da pessoa humana. No modelo democrático, a Segurança Pública é via de acesso à cidade plena, ao garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e aos próprios Direitos Humanos (SOUZA E MORAES, 2011, p. 09).

De igual modo, Moore (1992) reforça que policiamento comunitário e o policiamento para solução de problemas são conceitos estratégicos que procuram redefinir os fins e os meios do policiamento.

4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ATUAÇÃO DA PATRULHA MARIA DA PENHA: ENCAMINHAMENTOS E ASSISTÊNCIA À VÍTIMA

O Programa Patrulha Maria da Penha é decorrência do Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, em que se busca a adoção de estratégias e políticas na área da Segurança Pública para combater essa problemática.

Neste contexto, no que tange a inserção e ao encaminhamento da assistida ao Programa Patrulha Maria da Penha, Sheila Maria Freitas de Souza Fernandes e Melo, Delegada de Polícia Civil, que trabalha como Secretária de Segurança Pública e Defesa Social de Natal (SEMDES), aponta:

> (...) a mulher que é vítima de violência, ela vai a delegacia e denuncia, na hora em que ela denuncia, a Delegada vê a necessidade de medida protetiva e pede ao juiz, o juiz da vara de violência doméstica, (...) e, imediatamente, existe um sistema integrado bastante rápido, da Polícia Civil com a Justiça, o juiz já analisa e já concede, é tudo por e-mail, bem rápido, o juiz concede a medida protetiva, a mulher é dada a ciência dessa medida e o oficial de justiça também dá ciência ao violador, ao agressor (...) então na hora em que o juiz verifica todos esses casos, em que a mulher precisa ser protegida pela Patrulha, imediatamente, ele encaminha por e-mail para a Patrulha Maria da Penha, todos os dados dessa mulher, telefone, endereço e todo o processo. Então a gente analisa esse quadro, recebe imediatamente e já entra em contato com essa mulher ou por telefone ou vai a visita. (...) então, assim, há primeiro um juízo de valor do juiz, o qual ver quais são os casos mais graves para encaminhar para a Patrulha Maria da Penha, hoje, (...) nós temos duas patrulhas Maria da Penha, a do Munícipio de Natal e recentemente, a do Estado de Natal que voltou a ativar (...) então, hoje o juiz já tem para quem mais encaminhar.

A importância do fornecimento de assistência e proteção as mulheres em situação de vulnerabilidade social, as quais, possuem, portanto, algum tipo de medida protetiva de urgência norteou a criação do Programa Patrulha Maria da Penha, sendo executado por meio da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte (PMRN).

Após o registro da ocorrência de violência doméstica juntamente a Delegacia e, posteriormente a concordância da vítima a sua inserção no programa, haverá a realização do seu cadastro no programa e o respectivo direcionamento para a Unidade Militar responsável acompanhado dos documentos solicitados pela PMP.

Paralelo a isso, é importante frisar que as Medidas Protetivas de Urgências são encaminhadas para o Comando da Patrulha Maria da Penha por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher. Na ocasião, são enviados todos os dados que irão amparar a fiscalização dessas medidas protetivas. Ademais, a Patrulha Maria da Penha também ficará encarregada de acompanhar as assistidas nas audiências em que o agressor se fará presente, assim como, irá proceder o encaminhamento desses casos aos órgãos responsáveis.

Ainda a respeito do encaminhamento das mulheres vítimas de violência ao Programa Patrulha Maria da Penha, Soraia Maria Bezerril Castelo Branco, tenente-coronel da Polícia Militar, atual coordenadora do Programa Patrulha Maria da Penha, afirma:

> (...) os juízes avaliam os casos de riscos extremos, avaliam as medidas protetivas e, ao final, ele coloca: "assistida ficará acompanhada pelo programa, será inserida no programa Patrulha Maria da Penha. (...) o juiz manda todo o processo dela no e-mail da patrulha, ele manda esse processo digitalizado (...) cada um vai tendo a sua numeração e a partir disso, começa a ser acompanhada pela patrulha. (...) o acompanhamento da patrulha é determinação judicial.

Frente o exposto, verifica-se que para que haja o acompanhamento da mulher vítima pela Patrulha Maria da Penha, os magistrados encarregados pelos Juizados de violência contra a mulher procedem uma avaliação do caso concreto e, posteriormente encaminham os documentos necessários a Coordenação do programa.

Em outras palavras, o critério determinante para a inserção dessas mulheres, será a devida avaliação do caso concreto, a fim de verificar o risco em que essa mulher esteja submetida.

Sobre os critérios, Sheila Freitas corrobora:

> (...) o critério vai ser avaliado a partir do risco que essa mulher corra, porque (...) se tem verificado (...) o Judiciário tem essa estatística de que no ano passado foram mais de 3.000 medidas protetivas concedidas em todo o Estado e desse percentual, 90% dos agressores, eles cumprem as medidas, o problema são os 10% que eles reincidem e chegam a cometer o feminicídio (...)

Dessa forma, conforme entendimento de MEDEIROS (2015), avaliar risco é adotar procedimentos sistematizados para identificação da possibilidade de ocorrência de novas violências e dessas serem letais.

Impende destacar que existem diversos graus de risco, sendo eles, classificados em risco extremo, risco grave ou ainda, risco moderado.

Destarte, com a devida inserção da assistida no programa, a patrulha se encarrega da fiscalização do cumprimento das medidas protetivas, mediante um ciclo de visitas periódicas programadas tanto a vítima, quanto ao agressor. Nesse viés, a equipe preconiza orientações para a vítima e as devidas advertências ao agressor.

Sobre o mesmo assunto, acrescenta Sheila Maria:

> (...) a gente telefona antes para ela poder nos receber e a gente já começa a fazer a proteção dela, com visitas periódicas, ela tem acesso a um número de telefone da Patrulha, que esse número também é restrito, só pode ter quem está no Programa Patrulha Maria da Penha (...), se ela precisar, a gente funciona 24 horas, qualquer horário em que ela se sinta ameaçada, a gente está lá para protegê-la (...) a gente também vai até o agressor e diz ao agressor "olhe, ela está sendo protegida pela Patrulha, se você voltar a importuná-la, você será preso por descumprimento de medida protetiva" (...) ingressar na residência da vítima, só ingressa a comandante da Patrulha que é uma mulher (...) quem conversa com a mulher, até para a mulher não se sentir intimidada, porque, muitas vezes, a figura masculina vai trazer para ela todo aquele trauma (...) cada visita gera um relatório que é encaminhado ao juiz a respeito do andamento.

Isto posto, a Patrulha Maria da Penha possibilita maiores chances de cumprimento das medidas protetivas determinadas pelo juiz, reforçando toda a rede de apoio oferecida a essa mulher vítima, abordando uma série de procedimentos básicos, sendo eles, o contato telefônico, ciclo de oito visitas à assistida, visita ao agressor e questionário sobre o atendimento.

Por intermédio do PMP, advém uma sensação de acolhimento e segurança para essas vítimas, de modo que haja o rompimento de forma definitiva do ciclo de violência a que são acometidas.

É importante lembrar que a PMP realiza visitas programadas, ou seja, nos casos em que houver algum tipo de emergência, aquela assistida contará com o apoio das viaturas policiais diárias. Sendo assim, a tenente coronel Soraia, reforça:

> (...) as acompanhadas pela Patrulha têm um celular para elas ligarem (...) porque a Patrulha trabalha de segunda a sábado até 18 horas da noite, então se ela não estiver disponível mais (...) se for emergência, ela vai ligar, mas a

> gente vai passar para a viatura diária aos domingos e as noites (...), mas a gente está tentando ampliar esse programa para toda hora, porque a violência acontece mais as noites e aos finais de semana (...)

Ademais, no que se refere a situação da vítima, estas podem ser subdivididas, nos casos em que a vítima não possua contato com o agressor, geralmente, não haverá nenhuma medida especial, apenas o ciclo de 8 visitas básicas e ao final, caso a vítima não esteja mais em situação de risco, a atuação da PMP se encerra, sendo enviado para o juiz.

Por outro lado, caso a vítima tenha retornado o convívio com o denunciado e recuse o acompanhamento da PMP, a equipe informará ao juizado e fará o encaminhamento ao juiz. Por fim, nos casos em que a vítima esteja sofrendo constantes ameaças, a patrulha reforça e intensifica as visitas, informa ao juizado e faz o encaminhamento para a Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher (DEAM).

Sobre a recusa do acompanhamento da PMP pela mulher, a coordenadora do PMP, afirma:

> (...) ela mesmo diz que não vai aceitar o programa (...) ela já diz que não quer (...) aí, ela vai e assina, tem um termo que a gente chama de recusa no atendimento, no qual, ela vai dizer que ela não pode, que ela não quer (...) se ela falar que não quer o acompanhamento, que não quer a visita, ela vai lá na Companhia conversar.

Entretanto, apesar da vítima ter o livre arbítrio para decidir a respeito da sua inserção e da sua continuidade no PMP, o número de desistências ao Programa é relativamente pequeno, fator esse que demonstra uma boa aceitação ao PMP por parte das assistidas. Por conseguinte, tal afirmação é ratificada pela fala da delegada Sheila Freitas, em que:

> (...) há um número muito pequeno de desistência ao Programa, menos que 5% e a desistência, muitas vezes, se deu porque o homem não mais a importunou ou porque ela voltou a conviver. Após isso, a gente envia um relatório ao juiz, entretanto, isso é comum de acontecer (...) o agressor que comete a violência doméstica, ele não é um criminoso em potencial (...) muitas vezes, é um companheiro, noivo daquela mulher, existe um relacionamento afetivo e isso é o que mais dificulta essa mulher denunciar (...) é diferente quando não tem vínculo.

Conforme entendimento de Miller, nos termos:

> Por mais que a sociedade estabeleça estereótipos para o homem agressivo – como rude, de classe social inferior, grosseiro, valentão na aparência e nas atitudes – não há um perfil único. Assim, um homem que em sociedade pode parecer acima de qualquer suspeita, pode, muito bem, ser um agressor na relação conjugal (MILLER, 1999).

Após a determinação das MPU, na maior parte dos casos, é imprescindível que a vítima ou o agressor se retire do lar. No entanto, nos casos em que a vítima esteja correndo um risco muito extremo, o juiz pode retirá-la do lar e proceder o seu encaminhamento para uma casa abrigo, a qual é coordenada pela Secretaria Municipal de Mulheres de Natal.

Sobre a casa abrigo, a delegada Sheila Freitas, discorre:

> (...) No Estado do Rio Grande do Norte, só existe uma casa abrigo, que é do Município de Natal, uma casa extremamente protegida, em que poucas são as pessoas que sabem onde ela funciona, é justamente para que haja essa integridade (...) então ela tem toda assistência (...).

Outro aspecto de considerável relevância na PMP é a existência de uma acentuada multidisciplinaridade, tendo em vista que se observa, cada vez mais, estratégias sendo adotadas pela Polícia Militar para efetivação da patrulha, concomitantemente a adoção de estratégias por outros órgãos, outras esferas de governo e secretarias.

Não obstante, a Lei Maria da Penha também faz menção a necessidade da existência de uma equipe multidisciplinar, nos termos:

> Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.
> Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.
> Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Nessa esteira, a violência doméstica constitui um fenômeno de caráter multidimensional, que requer a implementação de políticas públicas amplas e articuladas nas mais diferentes esferas da vida social. (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, a narrativa de Sheila Freitas demonstra esse fato na prática:

> (...) a gente termina também tendo todo o conhecimento do que a mulher está passando, se ela tem problema de saúde, se ela está com problema de matricular os filhos, se ela está com problema de vulnerabilidade social, muitas vezes, essa mulher ainda não tem uma pensão (...) o que é que nós fizemos, nós entramos em contato com as demais Secretarias para nos ajudar, então, com a Secretaria de Assistência Social, a gente faz pedido de cestas básicas para aquelas mulheres que estão passando necessidade, então a gente faz essa entrega (...) a gente também viu com a SEMTAS a necessidade de qualificar essa mulher, porque essa mulher muitas vezes, precisa voltar a estudar, precisa se qualificar, precisa ser inserida no mercado de trabalho, (...) então a gente conseguiu com a SEMTAS, uma reserva no número de cursos profissionalizantes que estão sendo ofertados para a população em geral, porém, antes das inscrições da população geral, há as inscrições dessas mulheres, então, é a primeira vez que isso está acontecendo, (...) e a gente está muito feliz, porque a gente conseguiu matricular 8 mulheres, são cursos gratuitos (...)

Com base nisso, verifica-se que a atuação da PMP é ampla, possibilitando diversas oportunidades para aquelas mulheres em situação de vulnerabilidade social, de forma que, busca desenvolver um trabalho, a partir das necessidades mais basilares daquelas mulheres, tais como, saúde, educação, alimentação, dentre outras.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, Sheila Freitas afirma que

> (...) tem cursos muito bons, cursos de libras, de inglês, de espanhol, curso de atendente de telemarketing, curso de camareira, são vários cursos ofertados, alguns tem a duração de 30 dias, outros têm duração de 3 ou 6 meses, depende...

Posto essa ideia de multidisciplinaridade, podemos citar o a ideia de políticas transversais, nas quais coexistem uma união de interesses e uma consequente, articulação entre os mais diversos órgãos. Sobre o tema, Serra aponta:

> (...) a ideia de transversalidade está inserida em uma lógica de etapas do desenvolvimento. A transversalidade seria a última delas, onde seria necessária articulação de diferentes atores, em busca de se entender a multidimensionalidade da realidade e construir melhores políticas públicas. Nesse sentido, uma política transversal buscará responder a problemas afastando-se das estruturas hierarquizadas e tradicionais em vias de se construir um Estado Relacional, envolvendo diferentes atores sociais. A partir de estruturas multisetoriais e verticais, em contraponto às organizações tradicionais de gestão, e com um objetivo delineado e em comum acordo, torna-se mais possível atingir bons resultados (SERRA, 2014, p.22).

Com relação as questões básicas de saúde pública, também é importante

destacar que a Patrulha Maria da Penha encontra-se desenvolvendo estratégias de forma a garantir, de fato, esse acesso para a mulher acompanhada pela Patrulha, a qual se encontre em estado de vulnerabilidade social.

Sobre essa temática, Sheila Freitas, explica:

> (...) a gente criou um comitê, chamamos a Secretaria Municipal de Saúde, para a gente ver o que é que a gente faz com essa mulher, que a gente identifique que ela tem um problema de saúde, porque essa mulher ela está presa dentro de casa, ela tem medo de sair sob pena de ser morta (...) ela adoece, precisa de um posto de saúde (...) então a gente está tendo uns acertos com a Secretaria de Saúde para que haja um atendimento prioritário dessa mulher para a gente poder na hora em que ela precisar, a guarda fazer isso (...) sobretudo, problemas de saúde mental, que é o que mais acontece (...) uma mulher que fica enclausurada, então a gente precisa tratar da saúde mental (...)

Além disso, também foi mencionado pela delegada Sheila Freitas, a existência de uma parceria da Patrulha com o Tribunal Regional Eleitoral (TRE), de forma que as mulheres assistidas pela Patrulha possam exercer o seu direito de votar, de forma segura, em decorrência da condução dessas mulheres pela PMP, guarnecendo o seu deslocamento, reduzindo o risco que, até então, era iminente.

4.2 ABRANGÊNCIA DO PROGRAMA PATRULHA MARIA DA PENHA NA CIDADE DE NATAL/RN

É oportuno registrar a área de abrangência da Patrulha Maria da Penha. Sendo assim, atualmente, a Patrulha Maria da Penha encontra-se atuando na capital do Estado e em Parnamirim, contudo, de maneira extraordinária, pode atender nos municípios da região metropolitana de Natal (Grande Natal), com o intuito de resguardar a integridade física das assistidas pelo Programa.

Outrossim, conforme já destacado outrora, as viaturas exclusivas da Patrulha, possuem composição mista (homens e mulheres). Nesse sentido, a PMP conta com duas viaturas, na qual uma se encarrega pela área compreendida entre a Zona Norte e Leste, e a outra fica encarregada pela área compreendida entre a Zona Oeste, Sul e pelo Município de Parnamirim.

Portanto, vê-se que, apesar da ampla abrangência da Patrulha, existem algumas localidades compreendidas pela PMP, as quais são consideradas zonas

quentes ou ainda, áreas vermelhas, em virtude de serem consideradas perigosas, principalmente, em virtude do crescimento número de facções. Portanto, demandam uma estratégia diferenciada a ser adotada.

Por sua vez, a atual secretária de Segurança Pública e Defesa Social de Natal (SEMDES), Sheila Maria, preconiza:

> (...) muitas vezes, hoje, em razão da violência, em razão, sobretudo, do crescente número de facções por conta do tráfico de drogas, a mulher pede para a Patrulha não ir até a casa dela, porque teme represália, porque mora em áreas muito complicadas, então a gente atende o pedido daquela mulher, mas tem áreas que são perigosas, que a gente vai (...) tem mulher que não se preocupa com isso e a gente vai (...) a gente só toma cuidado nessas visitas diárias, nessas áreas que a gente considera áreas vermelhas, em que há um maior fluxo de violência, a gente só procura ir em mais equipes. Vou dar um exemplo, se a gente precisar em ir em Mãe Luiza, se a gente precisar ir ao Passo da Pátria, se a gente precisar ir ao Alto da Torre, que são locais muito perigosos dominados por facções, a gente não vai só a equipe da Patrulha Maria da Penha, a gente vai com mais outro apoio da equipe da Guarda (...)

Nessa perspectiva, deve-se frisar que todas as mulheres estão sujeitas a sofrer algum tipo de violência, independentemente da sua classe social e de seu nível de escolaridade. Conforme Mariana Távora, promotora de Justiça e coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), a mulher em situação de violência doméstica não tem um perfil, não é necessariamente a vítima típica, que chega machucada, fragilizada, é preciso que se descontrua essa imagem.

Conforme afirma a coordenadora Soraia, “não tem isso de ser só classe baixa, tem classe média, classe alta, a Justiça não faz essa diferenciação”.

4.3 DIRECIONAMENTOS DA PATRULHA MARIA DA PENHA

Não obstante, ressalta-se a necessidade de um acompanhamento psicológico eficiente e estruturado para aquelas mulheres vítimas. Nesse ínterim, em Natal, destaca-se o Centro de Referência Elizabeth Nasser (CREN), o qual foi inaugurado no ano de 2010, constituindo-se como parte essencial na Rede de Atendimento. Seu objetivo principal é a tomada de medidas de prevenção e de assistência as mulheres vítimas de violência. Atualmente, é coordenado pela Secretaria Municipal de Políticas para Mulheres (SEMUL).

A título de exemplificação, acrescenta a delegada Sheila Freitas:

> (...) o centro de referência Elizabeth Nassi (...) é também um instrumento do Município (...) tem todo um acompanhamento psicossocial (...) lá vão ter psicólogos, assistentes sociais, advogados, inclusive, babás, para ficar com as crianças, enquanto eles fazem os atendimentos, então ela já tem esse acompanhamento (...) muitas vezes, a gente precisa de um atendimento maior, então ela precisa ser redirecionada para os CAPS (...)

Espírito Santo (2011), ao discorrer a respeito da violência psicológica afirma que é a ação que causa afronta, danos emocionais e controle das atitudes. É o controle impetrado contra a mulher, impedindo-a de posturas mais autônomas.

4.4 ESCUTA ATIVA

Nessa direção, é necessário enfatizar a importância da escuta ativa presente na PMP, na qual o policial é capacitado para não se limitar apenas em ouvir a pessoa interlocutora, mas para que tenha a capacidade de contextualizar tudo aquilo que está sendo dito pela vítima no caso concreto, por meio de sua entonação, carga emocional, gestos, sem atribuições de culpa por parte do policial à pessoa vitimada.

Feita essas considerações, podemos citar Rosenberg, nos termos:

> (...) Repetidas vezes tenho testemunhado pessoas transcendendo os efeitos paralisantes da dor psicológica, quando elas têm contato suficiente com alguém que as possa escutar com empatia. Como ouvintes, não precisamos de insights ou de treinamento em psicoterapia. O que essencialmente é nossa capacidade de estarmos presentes em relação ao que realmente está acontecendo dentro da outra pessoa – em relação aos sentimentos e necessidades únicos que uma pessoa está vivendo naquele mesmo instante. (ROSENBERG, 2006, p. 177)

Sobre isso, Sheila Freitas acrescenta:

> (...) a gente tem depoimentos riquíssimos de algumas mulheres que, por muitos anos, sofreram violência e que agora, não sofrem mais a violência e agradecem a Patrulha por esse trabalho, por esse carinho, por ter quem as ouvir, porque, muitas vezes, quando a Patrulha ia chegar lá, a mulher quer desabafar, que contar todos os seus problemas e você tem que estar pronto para ouvir, faz parte do treinamento (...)

5. RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DO PROGRAMA PATRULHA MARIA DA PENHA

Nesse mesmo sentido, conforme afirma Soraia, coordenadora do programa Patrulha Maria da Penha, atualmente, existe uma média de 84 mulheres que são assistidas pela PMP, isto é, que estão sob proteção. Dessa forma, vale ressaltar que conforme já explanado, a Patrulha é um programa ambientado e efetivado pela Polícia Militar, o qual deve ser constantemente aprimorado e expandido de forma a alcançar um número cada vez maior de mulheres, tendo em vista que a PMP se associa a busca pela proteção dos direitos humanos e pela busca da dignidade daquela mulher.

Ainda segundo Soraia, "dessas acompanhadas, não há nenhuma reincidência das quais a PMP tenha sido informada. Em 2016, 2017, a PMP acompanhava um total de 24 mulheres." Além disso, a referida também afirmou não haver nenhum caso de agressão dessas mulheres após serem inseridas na PMP.

Conforme dito por Sheila Freitas, "durante esse 1 ano e 3 meses de existência da Patrulha Maria da Penha aqui em Natal, nós já efetuamos 12 prisões em flagrante, ou seja, de homens que descumpriram a medida."

Ainda a respeito dessa temática, com as estratégias e o trabalho elaborado pela PMP, verifica-se a ausência de registro de feminicídio dessas mulheres assistidas em Natal. Com vistas a corroborar, Sheila Freitas, in verbis:

> (...) agora o que é uma felicidade, é que durante todo esse tempo da Patrulha, não houve feminicídio em Natal, a gente está sempre buscando evidenciar a Patrulha, todas as oportunidades, a gente teve, agora, o Agosto Lilás, sempre com uma campanha maciça, em cima dessa questão da violência, é algo que a gente precisa estender para todos os âmbitos, todos os meses, é importante a gente estar difundido isso, com a ideia agora de lançar a nossa cartilha da Maria da Penha e a gente aproveitar por meio da educação, o retorno das aulas, fazer palestras nas escolas para que a gente possa conscientizar as nossas crianças, porque é difícil o trabalho com o adulto, o adulto já tem uma mentalidade formada (...) a gente precisa trabalhar a cabeça das nossas crianças, porque elas serão os adultos do futuro, para que entre a cultura da não violência, prevaleça a cultura da não violência contra a mulher (...)

Além disso, ao ser questionada a respeito da eficácia da Patrulha Maria da Penha, Sheila Freitas afirma:

> (...) a PMP é muito eficaz, a gente tem visto resultados muito positivos. A gente já conseguiu impedir, por exemplo, de que o homem chegasse a matar a mulher, porque haviam ameaças (...) e a gente já conseguiu deter esse homem no caminho, por exemplo, quando ele ia praticar o crime (...)

Feita essas considerações, cabe apontar que a maioria das mulheres

acompanhadas pela PMP compreendem a Patrulha como uma forma de proteção, a percebem como uma forma de amparo. Dessa forma, Sheila Freitas assevera que "elas entendem a Patrulha como uma proteção, como aquela pessoa que está ali para ajudar em uma necessidade, as visitas são muito bem aceitas."

Ainda a respeito da maneira como as assistidas reagem as visitas programadas da PMP, a coordenadora do PMP, sustenta:

> (...) tem umas que adoram, tem umas que choram (...) há vários relatos para contar (...) ela já começa a falar "que bom que vocês estão aqui, que bom que vocês vieram" porque, as vezes, é o único apoio que elas têm (...) uma mulher não consegue sair do ciclo de violência se ela não tiver apoio da família (...) para a vizinhança é uma vergonha, né (...) então quando ela ver a viatura chegar e tratar ela de uma forma digna, ela já se sente acolhida (...) essa é a grande diferença para mulher (...) por isso que a gente precisa ter uma mulher nesse atendimento, porque se não tiver uma mulher que converse com ela, que ela se sinta bem, ela não vai nem a Delegacia denunciar, ela não faz isso.

Posto isso, verifica-se também a extrema importância do papel desempenhado pela Polícia Militar no enfrentamento a violência doméstica e familiar, sendo ela um órgão da Segurança Pública, a qual tem como função precípua o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Portanto, sua atuação se volta, primordialmente, na prevenção do crime. Dessa forma, torna-se imprescindível no acompanhamento regular da vítima, de forma que a mesma se sinta resguardada.

6 CONCLUSÕES

Finalizada a análise a respeito do Programa Patrulha Maria da Penha implementado na cidade de Natal-RN, é possível perceber que foram criadas patrulhas policiais, as quais tivessem como objetivo principal, a fiscalização do cumprimento das Medidas Protetivas de Urgência deferidas em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar.

Observa-se, então, que o legislador, ao criar a Patrulha Maria da Penha, buscou trazer uma maior efetividade ao cumprimento das medidas protetivas de urgência, criando mecanismos mais rígidos para punir o agressor. Atrelado a isso, por meio do trabalhado elaborado pelo programa, também se verificou que com a implementação do PMP, foi observado, de forma mais ampla, a presença física do Estado nos lares por meio da Polícia Militar.

Mas não foi só isso, a Lei Estadual nº 10.097/2016 (Lei da Patrulha) também criou mecanismos que possibilitassem a vítima a obter uma maior assistência social e amparo na fase posterior a agressão vivenciada, tais como, assistência psicológica, assistência jurídica, um maior acesso à educação por meio dos cursos ofertados pela PMP em parceria com a Secretaria Municipal de Trabalho e Assistência Social (SEMTAS) e um acesso, de forma segura, a saúde.

Ademais, também se verificou que as assistidas passaram a conseguir exercer o seu direito ao voto, de maneira segura, com o acompanhamento da Patrulha, direito esse que, em muitos casos, foi restringido pelo receio ao agressor.

Por fim, conclui-se que as visitas programáticas apresentaram resultados positivos e satisfatórios, tendo em vista que, de fato, auxiliam no cumprimento das Medidas Protetivas de Urgência. Como observado, não houve nenhuma reincidência, assim como, não foi registrado nenhum feminicídio daquelas mulheres acompanhadas pela Patrulha Maria da Penha. Com isso, foi apurado que a Patrulha Maria da Penha auxilia na prevenção a violência doméstica e familiar contra a mulher na cidade de Natal-RN.

REFERÊNCIAS

ATLAS. Atlas da violência, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf

BRASIL. Lei Estadual nº 10.097, de 8 de agosto de 2016. Disponível em: http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20200310&id_doc=676432#:~:text=Regulamenta%20a%20Lei%20Estadual%20n%C2%BA,m ulher%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. Violência Doméstica. Salvador: Ed.PODIVM. 2007.

ESPÍRITO SANTO. Ministério Público. O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: uma construção coletiva [S.I]: CNPG, 2011.

MEDEIROS, M. N. (2015). Avaliação de risco em casos de violência perpetrada pelo parceiro íntimo. Tese de doutorado, Universidade de Brasília, Distrito Federal

MINAYO, M. C. S.; SOUZA, E. R. (Org.). Violência sob o olhar da saúde: a infrapolítica da contemporaneidade brasileira. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003

MILLER, Mary Susan. Feridas invisíveis: abuso não-físico contra mulheres. Tradução Denise Maria Bolanho. São Paulo: Summus, 1999.

MOORE, Mark Harrison. Policiamento Comunitário e Policiamento para solução de problemas, In: TONRY, Michael; MORRIS, Norval, Policiamento Moderno. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2003.

PENHA, Maria da. Sobrevivi... posso contar. 2. ed. Rio de Janeiro: Armazem da Cúltura, 2012.

ROSENBERG, M. B. - Comunicação Não-Violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ed. Ágora, 2006.

SERRA, A. La gestión transversal: expectativas y resultados. IX Congresso Internacional do CLAD Sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública, 2004, Madri, Anais... Disponível em: <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma- democracia/articulos/032-junio-2005/0049633>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo. Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha. 11.340/06. Curitiba: Juruá, 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2002.
WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Atualização: homicídio de mulh eres no Brasil. Brasília: FLACSO, 2015.

APÊNDICE

SOBRE OS ENTREVISTADOS NO QUESTIONÁRIO:

Entrevistada 1:

Data da pesquisa: 16/09/2021
Local da entrevista: CIPRED/Lagoa Nova.
Nome: Soraia Maria Bezerril Castelo Branco
Profissão: Tenente coronel da Polícia Militar e atual coordenadora do Patrulha Maria da Penha
Estado civil: Casada

Entrevistada 2:

Data da pesquisa: 17/09/2021
Local da entrevista: SEMDES
Nome: Sheila Maria Freitas de Souza Fernandes e Melo
Profissão: Delegada de Polícia Civil, advogada e atual secretária de Segurança Pública e Defesa Social de Natal (SEMDES).
Estado civil: Casada
Formação: Graduação em direito.

ANEXO



A autora do trabalho com a entrevistada Soraia.



A autora do trabalho com a entrevistada Sheila Maria.

O MOVIMENTO EMPRESA JÚNIOR E A MAXIMIZAÇÃO DO EMPREENDEDORISMO FOMENTANDO O DIREITO PREVENTIVO

Nathália Cristina Toledo Silva[1]
Úrsula Bezerra e Silva Lira[2]

RESUMO

Faz-se uma análise sobre o impacto do Movimento Empresa Júnior, na graduação, partindo do método indutivo. Ainda, observa-se a expansão da perspectiva dos futuros profissionais do direito, acerca do empreendedorismo, frente à crescente tendência do direito preventivo. Por meio da análise quantitativa e qualitativa da experiência acadêmica nos membros associados à ANIMUS Consultoria Jurídica, realizada por meio do levantamento de dados responde à problemática: Como o Movimento Empresa Júnior é capaz de impulsionar a graduação e influenciar a carreira profissional no direito? Com isso, apresenta-se como resultados os dados obtidos na pesquisa, para assim, concluir que a atuação - na empresa Júnior - é responsável por maximizar o empreendedorismo, no meio acadêmico, e expandir o conhecimento e desejo de atuação na área do direito que privilegia a prevenção de conflitos.

Palavras-chave: Empreendedorismo. Empresa Júnior. Direito preventivo.

THE JUNIOR ENTERPRISE MOVEMENT AND THE MAXIMIZATION OF ENTREPRENEURSHIP PROMOTING PREVENTIVE LAW

ABSTRACT

An analysis is made of the impact of the Junior Enterprise Movement on graduation, based on the inductive method. Still, it observes the expansion of the perspective of

[1] Acadêmica do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte Email: natcrists@outlook.com
[2] Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: ursula@unirn.edu.br.

future legal professionals, about entrepreneurship, in view of the growing trend of preventive law, with the quantitative and qualitative analysis of the academic experience of members associated with ANIMUS Consultoria Jurídica, carried out through data collection, it responds to the issue: How is the Junior Enterprise Movement capable of boosting graduation and influencing the professional career in law? With that, it presents as results the data obtained in the research, in order to conclude that the performance in the Junior company is responsible for maximizing entrepreneurship in the academic environment and expanding the knowledge and desire to act in the area of law that privileges the prevention of conflicts.

Keywords: Entrepreneurship. Junior company. Preventive law. Future professionals.

1 INTRODUÇÃO

A jornada acadêmica é um período muito rico intelectualmente, nos anos da graduação, o estudante vai adquirir tantos conhecimentos quanto possível, - principalmente - saberes da literatura referência da sua área de formação. Porém, é importante que durante esse período o aluno seja capaz de desenvolver outros conhecimentos e habilidades para somar à sua formação acadêmica e enriquecer o seu futuro profissional.

Com isso, objetiva-se compreender como o Movimento Empresa Júnior é capaz de contribuir no desenvolvimento de competências complementares à graduação, a relevância social se reflete no estudo, uma vez que a Empresa Júnior em si, é um ambiente dotado de bastante intensidade, sedeado, nas universidades, e que influenciam com avidez a forma como o aluno vive a experiência universitária e os seus planos para a carreira profissional.

Assim, é possível observar no Movimento uma grande oportunidade de desenvolvimento profissional e pessoal, durante a graduação, pois ele é disseminado com o escopo de desenvolver, principalmente, a veia do empreendedorismo nos universitários que escolhem se desafiar dentro de uma Empresa Júnior.

A formação empreendedora do Movimento Empresa Júnior faz parte do propósito de transformar o Brasil em um país mais empreendedor, em quantidade e qualidade e torná-lo - cada vez mais - competitivo, assim, está inserido em centenas de

instituições de Ensino Superior, por meio de empresas juniores, desenvolvendo universitários na sua área de formação, tornando-os competitivos para o mercado e fomentando o empreendedorismo.

Com vistas nesse cenário, é criada, em 2018, no Centro Universitário do Rio Grande do Norte, a primeira empresa júnior da instituição, formada - exclusivamente - pelos graduandos de direito, a ANIMUS Consultoria Jurídica, que vem atendendo ao propósito de fomentar o empreendedorismo e desenvolver habilidades objetivas e subjetivas nos seus membros, bem como amplia a perspectiva do direito preventivo nos associados.

A prevenção de problemas jurídicos e conflitos é o nicho de desenvolvimento da ANIMUS para o mercado, o direito preventivo é aquele capaz de prever dificuldades por meio de uma análise diagnóstica e sanar lacunas jurídicas, oferecendo soluções prévias que vão custar menos dinheiro e menos tempo para os clientes. Contudo, não é amplamente disseminado, mas se mostra uma vertente promissora, principalmente, entre os membros da ANIMUS Consultoria Jurídica.

Assim, a fim de enriquecer o presente estudo, é realizada uma coleta de dados e elaboração estatística com membros e ex-membros da Empresa Júnior de direito, com o objetivo de compreender qual a influência do Movimento Empresa Júnior, a curto e longo prazo em suas vidas, principalmente, no que tange ao empreendedorismo e ao direito preventivo.

2 O MOVIMENTO EMPRESA JÚNIOR

O Movimento Empresa Júnior (MEJ), surgiu na França, no ano de 1967, a partir da necessidade que os universitários da Escola Superior de Economia e Ciências Sociais de Paris (L'École Supérieure des Sciences Economiques et Commerciales) enxergaram de poder aplicar os conhecimentos adquiridos, na graduação, antes mesmo do final do curso. Assim, os estudantes criaram a Junior- Enterprise, primeira empresa júnior do mundo. (BRASIL JÚNIOR, 2015, P. 2).

Em ascensão, o movimento já contava com mais de 20 empresas juniores, em toda a França, quando decidiram criar, em 1969, a Confederação Francesa de Empresas Juniores. Crescimento contínuo, o movimento alcançou - em 1986 - a marca de mais de 100 empresas juniores em toda Europa e o que teve berço na França começou a aflorar

também em países como a Bélgica, Holanda, Portugal, Alemanha e Itália. Por fim, foi criada a Confederação Europeia de Empresas Juniores (JADE) (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 3).

Vinte anos mais tarde, o movimento difundido pela Europa foi também recepcionado no Brasil, quando João Carlos Chaves, Diretor da Câmara de Comércio Franco-Brasileira, em 1987, orientou alunos da Fundação Getúlio Vargas a fundarem, em São Paulo, a primeira Empresa Júnior do Brasil, a EJFGV[3], que continua em plena atuação nos dias de hoje. (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 4).

Assim como ocorreu no continente europeu, o surgimento de mais empresas juniores, no estado de São Paulo, culminou na criação da primeira Federação Estadual de Empresas Juniores do Brasil, em 1990. Disseminado o movimento pelo país, é fundada no ano de 2003, a Confederação Brasileira de Empresas Juniores, conhecida também como Brasil Júnior, durante o encontro nacional de Empresas Juniores que acontecia na Bahia. (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 4).

Atualmente, segundo dados coletados no Portal da Brasil Júnior, o MEJ brasileiro é o maior movimento de empreendedorismo jovem, no mundo, com mais de 1400 empresas juniores em pelo menos 260 instituições de ensino superior, presente em todos os estados da federação e no Distrito Federal, é também o que diz Rogério Chér, fundador da EJFGV, primeira Empresa Júnior do Brasil:

> Inspirados pelo que havia surgido na França em 1967, nossa ideia era complementar com experiência prática nossa formação teórica, levando consultoria para pequenas empresas brasileiras. O resultado? Hoje, o Movimento de Empresa Júnior (MEJ) representa a maior organização de jovens empreendedores do mundo (CHÉR, 2017).

Outrossim, segundo dados publicados pela Brasil Júnior (2015, p. 22), até o ano de 2014, a Confederação Europeia de Empresas Juniores era formada por 12 países e mais de 280 empresas, com isso, a Europa e o Brasil detém os movimentos mais fortes e estruturados em comparação a outros países que geralmente possuem menor magnitude dentro do movimento.

Com toda essa estrutura, e ainda que tivesse grande força no Brasil, todas as empresas juniores exerciam suas atividades sem um mecanismo legal que lhes desse respaldo, ainda que não fossem instituições irregulares. Nesse panorama, em 2012, o

[3] Empresa Júnior Fundação Getúlio Vargas

Senador José Agripino (DEM-RN) foi o responsável pelo Projeto de Lei do Senado de nº 437/2012, que disciplina a criação e organização dessas empresas (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 5).

Decorrido alguns anos, em consequência direta do Projeto de Lei do Senado supracitado, em 2016, foi regularizada por lei as atividades das empresas juniores. A Lei nº 13.267 de 06 de abril de 2016 disciplina a criação e a organização dessas associações, bem como o seu funcionamento perante a instituição de Ensino Superior. Dessa forma, nos termos da Lei, *in verbis*:

> Artigo 2º Considera-se empresa júnior a entidade organizada nos termos desta Lei, sob a forma de associação civil gerida por estudantes matriculados em cursos de graduação de instituições de ensino superior, com o propósito de realizar projetos e serviços que contribuam para o desenvolvimento acadêmico e profissional dos associados, capacitando-os para o mercado de trabalho (BRASIL, 2016).

Como menciona a supracitada Lei, as Empresas Juniores precisam, obrigatoriamente, ser constituídas sob a forma de associação civil, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves "As associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas de pessoas que reúnem os seus esforços para a realização de fins não econômicos" (GONÇALVES, 2012, p. 168).

Assim sendo, todo trabalho empreendido pelos graduandos é voluntário, relação que é estabelecida por meio de termo de voluntariado, assim, não há entre os membros associados qualquer parte dos lucros da Empresa, de modo que toda a arrecadação dos serviços realizados é reinvestido na própria associação, preferencialmente, na educação dos seus associados.

Em resumo, de acordo com a definição do artigo 2º do Conceito Nacional de Empresa Júnior, as empresas juniores são formadas por estudantes regularmente matriculados na graduação, sua organização obedece a de uma associação civil e realiza projetos e serviços que compreendem a sua área de formação. Além disso, mesmo que supervisionadas por professores, as empresas são instituições autônomas, assim:

> Toda empresa júnior deve estar vinculada a pelo menos uma instituição de ensino superior e a pelo menos um curso de graduação. As atividades desenvolvidas pelas empresas juniores são orientadas e supervisionadas por professores e profissionais especializados, mas têm gestão autônoma em relação à direção da faculdade, centro acadêmico ou qualquer outra entidade acadêmica (BRASIL, 2016).

O Movimento Empresa Júnior obedece uma organização pensada no sentimento

de pertencimento à rede e no planejamento estratégico para alcançar as metas trienais de todo o movimento. Dessa forma, têm-se três agentes principais: a Confederação Brasileira de Empresas Juniores (Brasil Júnior), as Federações de Empresas Juniores de cada estado brasileiro e as empresas juniores, presentes nas instituições de Ensino Superior.

A Confederação, na forma da Brasil Júnior (BJ), é a personificação do movimento, no país, e representa as mais de 1.400 empresas e empresários juniores presentes nos 26 estados da federação e no Distrito Federal. A apresentação institucional da BJ é muito clara na sua missão de "Representar e potencializar o Movimento Empresa Júnior brasileiro como agente de formação de empreendedores comprometidos e capazes de transformar o país" (BRASIL JÚNIOR, s/a).

Na sequência, existem as federações de empresas juniores, presentes em todos os estados, a exemplo do Rio Grande do Norte, onde quem organiza e fiscaliza as atividades das empresas juniores é a RN Júnior. As federações também são responsáveis por impulsionar o surgimento de novas Ejs (Empresas Juniores) nas universidades, organizam eventos educacionais para a sua rede e fornecem todo tipo de apoio aos empresários juniores:

> A missão da Brasil Júnior é representar o MEJ e potencializá-lo como agente de formação de empreendedores capazes de transformar o país e sua atuação, assim como a das federações, é pautada em cinco funções principais, são elas: Representação, Suporte, Integração e Alinhamento, Regulamentação e Expansão **(**BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 15).

Ainda, na outra ponta da equação, estão as empresas juniores - associações civis sem fins lucrativos - formadas por estudantes de graduação e que desenvolvem para o mercado competitivo, produtos e serviços correspondentes ao curso de graduação que fazem parte. Promovem o desenvolvimento interpessoal, experiência empreendedora, fomentam a economia local e proporcionam o aprendizado em diversas áreas do conhecimento, como gestão, comunicação, vendas e é claro, desenvolvimento técnico:

> Durante a execução desses projetos e no dia a dia da empresa, os universitários aprendem sobre gestão, se especializam em sua área de atuação e têm contato direto com o mercado. Assim, por meio da vivência empresarial, adquirem competências fundamentais para um empreendedor" (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 6).

Por fim, o Movimento Empresa Júnior tem muito a oferecer a toda a sociedade,

mas, diferente do que muitos podem pensar, o produto final do movimentonão são os serviços ofertados pelas empresas, mas sim as pessoas que passam por elas.

3 ANIMUS CONSULTORIA JURÍDICA

Fundada em setembro de 2019, a ANIMUS Consultoria Jurídica é a primeira empresa júnior do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, composta, exclusivamente, por estudantes da graduação do curso de Direito, tendo sido a primeira empresa júnior da instituição. A empresa surgiu da vontade de diversificar a experiência universitária para além da prática jurídica constante, na grade curricular do curso, e dos estágios ofertados por escritórios particulares e órgãos públicos, três alunos da graduação em direito do UNIRN foram os responsáveis por fundar a empresa.

Os estudantes Poema Mascena, Gabriela Cândida e Leonardo Fraifer, em conjunto, conseguiram, em um intervalo curto de tempo, fundar a associação civil junto aos órgãos competentes e federar a nova empresa, para que integrasse a RN Júnior.

Assim, a fundação da ANIMUS aconteceu no dia 13 de agosto de 2019 em uma assembleia organizada pelos fundadores e contou com a presença de parceiros da nova empresa, parte da equipe pedagógica e coordenadora da faculdade e os estudantes do curso de Direito, a quem de fato pertence a empresa júnior. A federação da ANIMUS não demorou muito tempo para acontecer, no dia 29 de setembro de 2019, iniciava sua jornada junto à RN Júnior e a todo o MEJ brasileiro.

Após o processo de regularização da empresa, o primeiro processo seletivo para o ingresso de membros ocorreu ainda em 2019, a primeira equipe da ANIMUS já desenvolvia algumas atividades no mercado, mas, foi no ano de 2020, que a empresa júnior começou a escrever o seu "*case* de sucesso"[4]. Com o segundo processo seletivo, a EJ passou a ter, em maio de 2020, 15 membros trabalhando em conjunto para desenvolver a empresa.

Em vista disso é que as quatro diretorias puderam ser organizadas, a Diretoria Comercial pôde estudar e definir os processos de prospecção, de venda, e de marketing; a Diretoria de Vice Presidência aperfeiçoou as técnicas de administração financeira e gestão de pessoas; relações externas também foram ganhando força com a Diretoria de Presidência,e por fim; a Diretoria de Projetos foi aperfeiçoando astécnicas de execução

[4] Caso de sucesso: no caso em comento representa o crescimento acelerado e o reconhecimento no mercado.

dos serviços, todos estudados, mapeados e com processos definidos pelos membros.

Dessa forma, a meta anual de faturamento que havia sido estipulada em R$11.000,00 (onze mil reais) para 2020, foi atingida ainda em setembro, em conjunto com outros indicadores, exigidos pela Brasil Júnior, ocasião em que a ANIMUS Consultoria Jurídica foi reconhecida pela Confederação Brasileira de Empresas Juniores com o título de empresa Alto Crescimento[5]. Concluindo o ano de 2020, o faturamento total conquistado foi de R$15.000,00 (quinze mil reais).

É válido salientar que todas essas conquistas da empresa júnior de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte se deram no primeiro ano completo de atuação dos estudantes, em um cenário totalmente virtual e com todas as adversidades que a pandemia do coronavírus impôs, inclusive no meio jurídico, mas fazendo perceber a importância e o quão escalonável é o mercado do direito de prevenção de conflitos, área de atuação da ANIMUS.

Por esse ângulo, o ano de 2021, foi muito semelhante, visto que a pandemia se estende até o presente momento, no entanto, o novo ano serviu para autenticar o crescimento exponencial da Empresa Júnior. Para 2021, foram projetadas novas metas, dentre elas, a mais desafiadora é o faturamento da empresa, que foi acordado em R$27.000,00 (vinte e sete mil reais).

Atendendo ao crescimento do ano anterior, a empresa dobrou o número de membros, e também foi capaz de dobrar o seu faturamento, atingindo novamente a meta no mês de setembro, e, assim, sendo considerada "Alto Crescimento" no Encontro Nacional de Empresas Juniores, pelo segundo ano consecutivo. Representa a constância positiva da meta financeira.

Outro diferencial alcançado é o fato de que a ANIMUS esteve, de acordo com a denominação da Brasil Júnior, no "farol verde",[6] durante todo o ano de 2021. Esse resultado representa a constância de faturamento de uma EJ, proporcionalmente à meta de faturamento que é cadastrada, obrigatoriamente, no Portal Bj, no início do ano civil.

Esse resultado culminou no convite recebido e acatado pela Empresa a apresentar um "*case*", no último evento da RN Júnior, o Onda, ocasião em que diretoria executiva relatou como a estruturação de metas internas bem estruturadas influenciou na constância de resultados vivida em 2021.

[5] Empresa Júnior que alcança todas as metas estabelecidas no início do ano civil, seguindo as métricas da federação.
[6] Indicador visual que representa o cumprimento das metas anuais estabelecidas pela Empresa Júnior.

Em resumo, é possível dizer que a ANIMUS é um laboratório que tem proporcionado - aos alunos associados - o desenvolvimento da capacidade técnica, bem como tem possibilitado uma vivência empreendedora positiva, pois são capazes de relacionar o crescimento da empresa diretamente com o seu esforço e dedicação.

4 EMPREENDEDORISMO NA EXPERIÊNCIA JÚNIOR

Inquestionavelmente, o desenvolvimento e o fomento do empreendedorismo é o mais importante projeto de todo o Movimento Empresa Júnior. Deparar-se com a realidade do mercado, seus obstáculos, suas nuances, bem como entender a importância de cada componente dessa dinâmica é o grande diferencial dos empresários juniores, que tomam para si a responsabilidade de gerir, tanto empresas iniciantes como as bem consolidadas no mercado, cada uma apresentando seus desafios próprios.

De maneira geral, a experiência nos mostra que o empreendedorismo não é um tema expressivamente difundido, havendo inclusive, uma mistificação acerca disso, de maneira que leva muitas pessoas a conceber que empreendedores são exclusivamente os donos de grandes empresas, afortunados desde o início e com talento nato para a atividade empreendedora.

No entanto, a realidade é outra, e por ser distinta, muitas pessoas se deparam com atividade empreendedora sem que tenham se preparado para ela. A exemplo dos graduados em Direito, que durante cinco anos têm contato quase que exclusivo com as matérias jurídicas da grade curricular, mas o mercado de trabalho, como o próprio nome indica, é um mercado, e o profissional terá que se posicionar diante dele. Dessa maneira, não existe mais a dualidade entre fazer faculdade e empreender, pois muitas vezes, para exercer a profissão para a qual se formou, será necessário desenvolver o seu próprio negócio, seja um escritório de advocacia,
engenharia, contabilidade, arquitetura, entre outros.

Por esse ângulo, o empresário júnior tem a oportunidade de aprender na prática a gerir um negócio na sua área de atuação, em que lhe será oportunizado o desenvolvimento de diversas habilidades subjetivas e objetivas, voltadas para todos os aspectos essenciais de um modelo de negócio de sucesso, quais sejam: gestão financeira, gestão de pessoas, prospecção comercial e vários outros.

4.1 O TERMO “EMPRESÁRIO” APLICADO AO CONTEXTO DO MOVIMENTO

Não obstante, pode-se questionar se o termo “empresário júnior” é o mais adequado, quando nos referimos aos membros das Empresas Juniores, segundo o que aduz o Código Civil em seu artigo 966: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

Outro aspecto que podemos observar são as características subjetivas do empresário, de acordo com Edilson Enedino das Chagas (2020) existem características inerentes ao empresário, quais sejam, o exercício de uma atividade organizada em seus fatores de produção e com finalidade econômica, além de que a atividade deve ser exercida com profissionalidade, ou seja, habitualmente e em troca de remuneração e, por fim, deve existir finalidade do serviço e da produção.

Considerando essas definições, aos membros de Empresas Juniores carece dois requisitos, o primeiro é o exercício da atividade com profissionalidade e o segundo é a remuneração. Ambos os requisitos não poderão jamais ser convalidados, uma vez que são contrários ao próprio funcionamento da Empresa, como aduz a Lei nº 13.267/2016 e o Conceito Nacional de Empresas Juniores, que determina os critérios que precisam ser seguidos para que uma associação seja reconhecida como Empresa Júnior.

A contradição se encontra, primeiramente, no requisito de profissionalidade, Edilson Enedino das Chagas define essa exigência como um elemento teleológico subjetivo, de forma que a atividade: “há de ser exercida com profissionalidade, ou seja, de forma habitual e com intento lucrativo, de molde que o empresário assuma em nome próprio os riscos de sua empresa, organizando-a, técnica e economicamente” (CHAGAS, 2020, p. 109).

Dessa forma, o fato do empresário júnior não assumir para si os riscos da atividade, economicamente, gera uma contradição com o termo “empresário” utilizado.

Outrossim, a definição de dicionário do termo “profissionalidade” também não abrange os membros das Empresas juniores, pois pressupõe as competências necessárias para o exercício de uma profissão, logo, o quadro de membros das referidas associações, formados inteiramente por alunos da graduação não corresponde aos profissionais formados, mesmo que detenham conhecimento técnico para executar projetos e serviços inerentes à sua futura profissão.

Ainda, o outro aspecto, de fácil observação, é o requisito remuneratório que não cabe aos membros de associações civis sem fins lucrativos, ocasião em que todas as atividades desenvolvidas são fruto de trabalho voluntário. Desse modo, o termo empresário júnior é uma analogia que atende ao propósito do Movimento Empresa Júnior, de modo que o associado possa experienciar, diariamente, o ambiente do empreendedorismo, com menos riscos, mas com responsabilidades semelhantes.

Somado a isso, existe mais uma nuance na estratégia do Movimento Empresa Júnior, mas agora em relação ao termo "empreendedor". Segundo a Brasil Júnior (2015), esse substantivo não carrega o seu significado mais difundido, ou seja, não é referência a uma pessoa que possui um empreendimento, mas a definição com maior verossimilhança é a do indivíduo que: "por meio de aprofundada competência em gestão e elevado senso de responsabilidade, é capaz de gerar resultados de grande impacto e abrangência na sociedade" (BRASIL JÚNIOR, 2015, P. 7- 8).

4.2 A FORMAÇÃO EMPREENDEDORA NA EMPRESA JÚNIOR

A Brasil Júnior (2015) compreende que a vivência empresarial oportunizada pelo Movimento é uma estratégia que se dá em três frentes principais: sendo a primeira delas a execução de serviços e projetos com grau elevado de qualidade; a segunda frente abrange as experiências e aprendizados que se desenvolvem por meio da gestão nessas empresas e, por fim, a promoção da cultura empreendedora. É imerso na cultura empreendedora, que o universitário membro de uma Empresa Júnior se desenvolve e esse desenvolvimento é inerente ao empresário, que adquire habilidades subjetivas e objetivas.

O aprendizado de gestão acontece por meio de capacitações que são realizadas pelos e para os membros das empresas juniores (EJ), essas capacitações estão presentes - em toda a jornada - dentro da EJ e oportunizam o aprendizado para que ele possa ser aplicado na prática (BRASIL JÚNIOR, 2015).

Esse processo é cíclico, isso porque a cada ano civil, as estruturas hierárquicas mudam, uma vez que as lideranças, por exemplo, têm apenas um ano civil de gestão, e geralmente, ao final deste ano há uma renovação orgânica de membros, com uma frequência que não se observa no mercado sênior.

O aprendizado por projetos é muito ligado à gestão, cada Empresa Júnior vai

estabelecer a forma de capacitação dos membros para que desenvolvam competências técnicas da sua área de formação e sejam capazes de realizar os projetos e serviços que vão entregar qualidade e valor aos clientes.

Esses processos são responsáveis pela formação empreendedora, cada universitário, membro dessas associações, tem em suas mãos os meios para adquirir tanto conhecimento quanto desejar e for capaz. Há estudantes que optam por desenvolver mais áreas específicas que outras, bem como existem aqueles que transitam pelas áreas e diretorias da sua Empresa Júnior, assim assevera a Brasil Júnior "Cada empresário não necessariamente passa por cada uma das etapas mencionadas e ao mesmo tempo, a formação de um empreendedor pode se caracterizar pela passagem por apenas uma das etapas." (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 8-9).

Como resultado, o empresário júnior desenvolve habilidades subjetivas, conhecidas como "*soft skills"* e também as habilidades objetivas ou "hard skills". As primeiras, como anteriormente mencionadas, são habilidades, pode-se dizer também qualidades do sujeito, desenvolvidas ou aprimoradas, podendo ser observadas no comportamento do jovem empreendedor: a comunicação efetiva, a liderança, a criatividade, a organização e gestão de tempo, a colaboração, essa, em especial, pois o empresário júnior se desenvolvem em rede, e muitas outras.

Em se tratando das "hard skills", são habilidades técnicas de um empreendedor, como a gestão de pessoas, marketing, vendas, gestão financeira, estratégia, além das técnicas específicas da área de formação daquele universitário.

Fato é que esses e outros aprendizados são facilitados, no ambiente das empresas juniores, e como aduz Dolabela: "às características empreendedoras podem ser adquiridas e desenvolvidas [...] e o indivíduo portador das condições para empreender saberá aprender o que for necessário para criar, desenvolver e realizar sua visão" (DOLABELA 1999 apud MORETTO NETO 2004,s/p.).

Assim, as empresas juniores têm o escopo de criar as condições necessárias para o universitário começar a empreender, é um ambiente favorável e seguro. Além disso, a experiência completa vem com a prática, somado à experiência de gestão, o desenvolvimento dos serviços é um grande diferencial na formação.

> Na experiência acadêmica, ultrapassar o conhecimento teórico adquirido, procurando maneiras pelas quais este pode ser aplicado na sociedade de forma prática, pode ser considerado um dos mais importantes desafios da vida

> universitária. Deve-se buscar o desenvolvimento profissional e acadêmico de forma incansável, sem alocar em segundo plano o crescimento humano, que será o diferencial de cada um durante a busca por resultados na esfera profissional (MORETTO NETO, ET AL.,2014, p. 7).

Por fim, é imprescindível que o universitário busque o seu diferencial, pois os desafios - após a conclusão do curso - vão exigir muito de cada novo profissional e a empresa Júnior pode ser uma oportunidade valiosa de desenvolvimento. Todo o aprendizado adquirido - nas instituições - podem ser direcionados a vários caminhos, por mais que o escopo do empreendedorismo seja o de maior foco, as habilidades que se adquire são aplicáveis em todos os âmbitos do mercado.

5 CONSULTORIA PREVENTIVA REALIZADA NA EMPRESA JÚNIOR DE DIREITO

Abrangida nesse escopo de empreendedorismo, a consultoria é a forma pela qual grande parte das empresas juniores exercem as suas atividades, perante o mercado, os serviços de consultoria se baseiam no oferecimento de soluções que serão desenvolvidas pelo profissional, mas aplicadas pelo próprio cliente.

Assim, a exemplo da ANIMUS Consultoria Jurídica, é oportunizado aos clientes adquirir soluções que vão auxiliar no melhor desenvolvimento dos seus negócios, como ocorre com a produção de um bom contrato ou de um eficiente regimento interno.

Essas consultorias, que agregam melhorias e segurança jurídica, são responsáveis por impactar a sociedade à medida que oportunizam o aprendizado do universitário e garantem acesso aos serviços de qualidade a quem necessita de soluções que cabem em um orçamento mais ameno do que se pode encontrar no mercado sênior.

> No mercado, os projetos realizados por meio da empresa júnior impactam positivamente sobretudo micro e pequenas empresas que usufruem de serviços de qualidade a valores mais acessíveis, os quais, além de proporcionar aprendizado técnico aos executores do projeto, ainda influenciam no desenvolvimento deste segmento empresarial (BRASIL JÚNIOR, 2015, p. 10).

Nessa realidade, a ANIMUS Consultoria Jurídica conseguiu estabelecer os dois principais perfis de clientes qualificados para quem presta os seus serviços, em primeiro lugar estão os proprietários de pequenos empreendimentos que - geralmente
- estão no início da sua jornada empreendedora e precisam obter segurança jurídica no

desenvolvimento dos seus negócios.

Ademais, há também as empresas B2B (*business to business*), que, simplificadamente, são empresas que têm como clientes outras empresas, e necessitam da consultoria jurídica para alavancar certos processos que já vem sendo desenvolvidos, como uma assessoria contratual de qualidade.

Assim, participar do processo de aprimoramento de pequenas empresas resulta no impacto positivo, perante a sociedade, como um efeito dominó, a segurança jurídica oferecida na consultoria abrange não apenas os clientes da ANIMUS, mas todos aqueles que tiverem contato com essas marcas e empresas.

5.1 A RELEVÂNCIA DAS SOLUÇÕES JURÍDICAS PREVENTIVAS

É imprescindível dizer que nenhum membro da Empresa Júnior jurídica é dotado de capacidade postulatória, como os advogados são, justamente por se tratar de uma organização composta - em sua totalidade - por estudantes da graduação. Logo, a atuação, no direito preventivo, é a realidade que se impõe e por consequência, são desenvolvidas atividades com esse escopo, de modo que a ANIMUS é uma consultoria jurídica que comunica a todo tempo a relevância da prevenção de conflitos. O direito preventivo é o responsável por antecipar ações que vão garantir segurança jurídica, evitando assim o surgimento de conflitos que podem prejudicar os negócios. Logo, é na esfera do extrajudicial e do direito preventivo que a ANIMUS desenvolve os seus membros e auxilia pessoas e negócios.

É sabido que o Brasil é um dos países com o maior número de litígios judiciários, não é comum, nas práticas dos brasileiros, tomar medidas que possam evitar conflitos e por essa razão, a falta de previsões jurídicas e preparo antecipado resultam em aumento de tempo dedicado às problemáticas, bem como elevam os custos para contenção dos danos.

O papel da ANIMUS Consultoria Jurídica também é de conscientizar e agregar valor aos serviços prestados, isso porque estamos ainda submergindo de uma cultura corretiva, ou seja, que espera o evento danoso ocorrer, para só então buscar os meiospara resolver a problemática instalada. Espera-se que no futuro as ações preventivas sejam mais difundidas que as corretivas.

Outrossim, as medidas corretivas e imediatas são necessárias quando os

problemas começam a surgir, mas essas soluções, que tratam os sintomas, são superficiais em comparação a real causa dos eventos. O professor Thomas D. Barton aduz que “agir preventivamente é adotar medidas para prevenir o surgimento dos problemas, e não planejar como sanar o problema quando ele aparecer” (BARTON, 2009, p. 72, tradução nossa).

Outrossim, a consultoria jurídica desenvolvida pela ANIMUS inclui a Lei Geral de Proteção de Dados, registro de marca, regulamentação de empresas e assessoria contratual. Cada uma dessas áreas têm um papel essencial, na prevenção de problemas com potencial para serem ajuizados, assim, são soluções que prezam por evitar desgastes e custos para os clientes no longo prazo.

Além disso, os exemplos supracitados revelam que o direito preventivo pode compreender diversas áreas, podendo ser trabalhado no Direito Civil, principalmente, com assessorias contratuais que possam elaborar e revisar contratos de modo a torná-los seguros para todas as partes, bem como no direito tecnológico, em especial a nova legislação de proteção de dados, ainda, no direito trabalhista, área em que é possível organizar internamente uma empresa, e também, no direito autoral, assegurando o direito do criador.

Não obstante, pode-se usar uma analogia para compreender com mais clareza a relevância jurídica das técnicas de direito preventivo. Digamos que uma pessoa não apresenta qualquer diagnóstico ruim nos seus exames de rotina, mas o médico verifica que falta uma vacina na carteira de vacinação desse paciente, essa vacina é eficaz contra uma doença comprometedora, a sua aplicação é indolor e o custo benefício é óbvio comparado aos riscos de ficar doente e arcar com o tratamento que pode durar meses e anos.

Por fim, é coerente dizer que se bem desenvolvido o direito preventivo, haverá segurança jurídica para as pessoas e negócios. Logo, utilizar apenas contratos elaborados por pessoas capacitadas, proceder no registro da marca que vem sendo desenvolvida, patentear uma criação inovadora, entre outras medidas, representam ações que vão buscar garantir que o negócio não tenha vícios prejudiciais ao seu desenvolvimento.

5.2 ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE DADOS

A análise dos dados obtidos tem como objetivo de mensurar a contribuição da

Empresa Júnior ANIMUS Consultoria Jurídica, na formação empreendedora dos membros, bem como nas suas perspectivas acerca do direito preventivo e o seu desenvolvimento profissional.

Assim, para que pudesse obter tais resultados, foi elaborado um questionário por meio do Google Formulários, o questionário caracteriza-se como quantitativo e qualitativo e foi aplicado e respondido por um total de 20 pessoas entre membros e ex-membros da referida associação.

Inicialmente, de acordo com os dados fornecidos pela pesquisa, 50% do grupo pesquisado pertence ao gênero feminino e os outros 50% pertencem ao gênero masculino. Somado a isso, o grupo é composto por 60% (12) de pessoas entre 18 e 21 anos, 35% (7) pessoas entre 21 e 24 anos e 5% (1) maior que 25 anos.

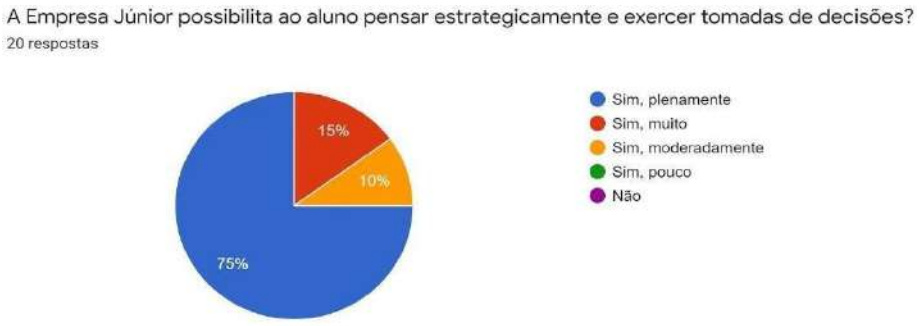
Não obstante, todos são alunos do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, divididos entre o 2º e o 10º período da graduação. Por fim, o perfil de identificação do grupo pesquisado mostra que 10% têm até 6 meses de Empresa Júnior, 30% contam com tempo de participação - na ANIMUS - de 6 a 12 meses, 20% somam 12 a 18 meses de Movimento, outros 30% possuem de 18 a 24 meses e os últimos 10% agregam mais de 24 meses da EJ.

Em conclusão do perfil do grupo pesquisado, é possível perceber uma sólida divisão entre homens e mulheres, além disso, em sua maioria possuem idade de até 21 anos. Em relação aos períodos da graduação é possível observar uma grande diversidade, desde pessoas que atuam na ANIMUS estando no 2º período da faculdade, como outros que já estão no 10º período. Cumpre salientar que 3 dos 4 alunos do último período são egressos da Empresa.

5.3 ANÁLISE DO POTENCIAL DA EMPRESA JÚNIOR NA EDUCAÇÃO EMPREENDEDORA

Inicialmente, o grupo pesquisado foi questionado se, individualmente, eles acreditam que a Empresa Júnior possibilita ao aluno pensar estrategicamente e exercer tomadas de decisão. Os dados obtidos revelam que 100% das respostas são afirmativas, sendo que 75% acredita plenamente no referido aprendizado e 10% acredita moderadamente, como é possível observar abaixo:

Gráfico 1 – A empresa e o pensamento estratégico

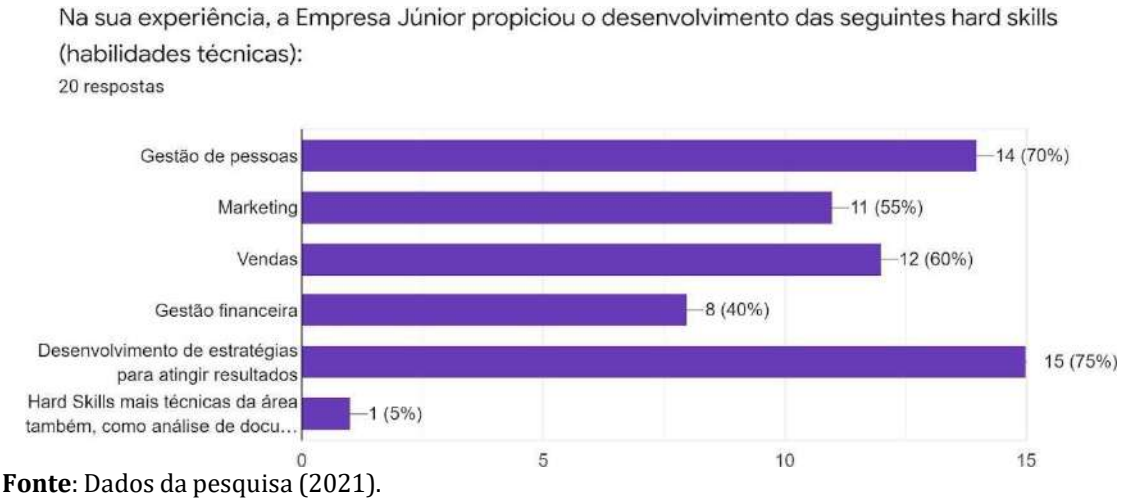


Fonte: Dados da pesquisa (2021).

A tomada de decisão é uma rotina do empreendedorismo, a todo momento - na Empresa Júnior - é necessário tomar decisões, principalmente para que a empresa possa seguir por caminhos estratégicos que vão possibilitar alcançar os resultados almejados. Essa habilidade, uma vez adquirida, deve ser sempre exercitada, assim como as demais skills, cujo aprendizado é facilitado pelo Movimento.

De modo geral, é possível conceber um grande desenvolvimento de habilidades técnicas, quando se está inserido no contexto do Movimento Empresa Júnior. O gráfico abaixo demonstra a percepção do grupo pesquisado em relação ao desenvolvimento de algumas técnicas, como vendas, marketing e estratégia. Senão vejamos:

Gráfico 2 – Desenvolvimento das hard skiils



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

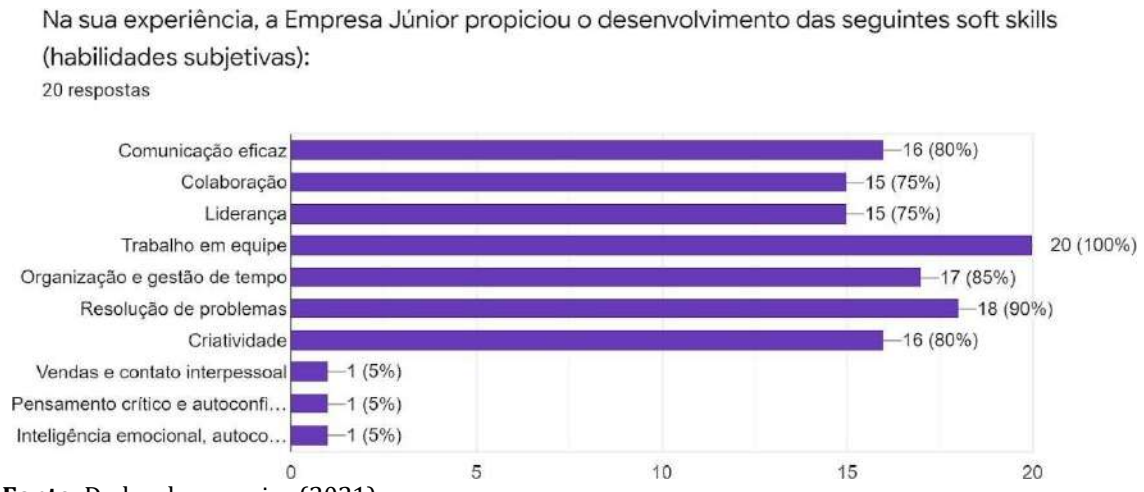
Depreende-se da pesquisa que os membros da ANIMUS possuem mais destreza em habilidades técnicas que envolvem a participação de outros agentes, seja o cliente durante uma venda, o alcance do público-alvo, durante a execução do marketing e seus colegas de trabalho, quando da gestão de pessoas.

Assim, quanto ao resultado apresentado no gráfico, podemos observar ainda que o menor índice de aprendizado de *soft skill* é em relação à gestão financeira, com apenas 8 das 20 pessoas tendo marcado essa alternativa. Ainda, o gráfico apresenta ao final o complemento de habilidades técnicas observados pelo entrevistado nº 9, incluindo aí a análise de documentos jurídicos.

Quando questionados acerca das *soft skills* desenvolvidas na experiência que tiveram na Empresa Júnior, foi possível observar que a única skill totalmente consensual é a de trabalho em equipe, a qual recebeu 100% de concordância de todo o grupo pesquisado.

No entanto, todas as outras habilidades alcançaram o marco de ao menos 75% dos votos, o que demonstra o alto grau de desenvolvimento das habilidades. No gráfico também é possível observar três habilidades que foram citadas respectivamente pelos entrevistados 1, 16 e 19.

Gráfico 3 – Desenvolvimento das soft kills



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Acerca da sua experiência na ANIMUS, Luiza Freire, diretora de Vice Presidência da gestão 2021 da ANIMUS declara que: "Estar em uma empresa Júnior é aprender todos os dias algo novo. É ver de perto aquilo que só se tem contato após a formação e desenvolver habilidades que diferenciam no mercado de trabalho."

O desenvolvimento de *soft skills* são essenciais para um bom desempenho no mercado de trabalho, é fato que demonstrar conhecimento técnico da área profissional pode abrir mais portas para os sujeitos, no entanto, são habilidades subjetivas as responsáveis pelo ambiente em que se desenvolve o labor, seja como chefe

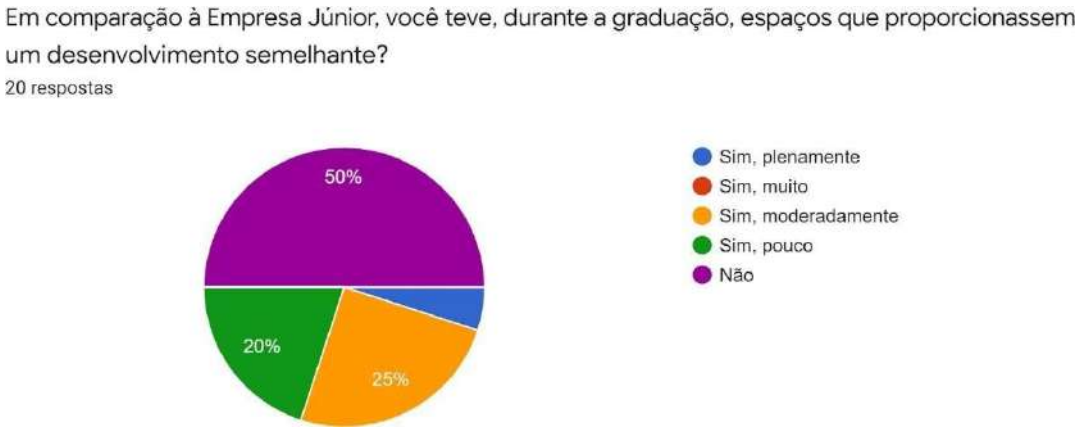
ou como funcionário.

É imprescindível uma boa comunicação, eficiente no que se propõe, bem como ser colaborativo e trabalhar bem em equipe, organizar e gerir o tempo em benefício próprio e da atividade desenvolvida, bem como saber se portar, diante dos problemas e ser capaz de pensar e agir estrategicamente frente às dificuldades.

Nessa senda, tendo em vista o desenvolvimento amplo no estudante de direito, os dados da pesquisa revelam que 80% do grupo pesquisado acredita plenamente, no amplo desenvolvimento do aluno de direito, possibilitado pela Empresa Júnior. Ademais, 15% aduz que a possibilidade de desenvolvimento é muito positiva e 5% acredita ser moderado.

Tendo em vista os resultados supracitados, foi questionado também se durante a graduação, os membros da ANIMUS puderam ter um desenvolvimento semelhante ao proporcionado pela empresa, em outros ambientes. Acontece que 50% dos entrevistados não tiveram acesso a esses espaços, visto que apenas 1 pessoa, ou seja, 5% teve plena certeza de que teve oportunidades semelhantes. Senão vejamos:

Gráfico 4 – Espaços de Desenvolvimento



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

De fato, durante a graduação o aluno fica mais restrito ao que consta na grade curricular das instituições de Ensino Superior, e, muitas vezes, não têm incentivos para desenvolver-se em projetos que vão exigir um grande comprometimento, principalmente, por não entenderem previamente os benefícios adquiridos com a experiência.

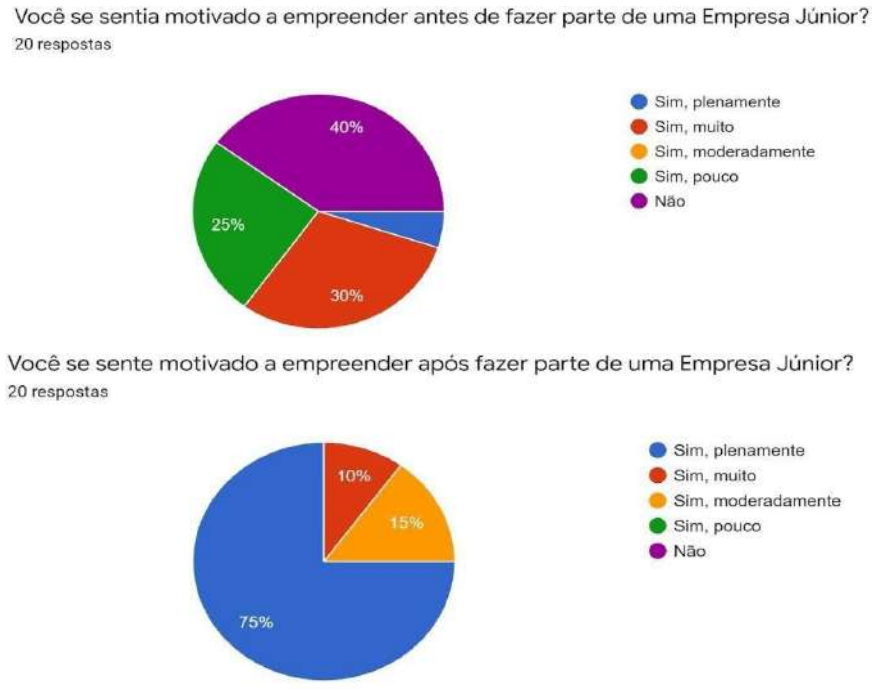
Por outro lado, o acesso a ambientes com grande taxa de desenvolvimento técnico e pessoal é dificultado em razão de não ser a proposta de muitos deles. Assim,

Gabriel Gomes, diretor de Projetos da gestão 2021, aduz em seu depoimento o que segue:

> Antes de me tornar membro da ANIMUS Consultoria Jurídica, ainda não tinha me identificado com alguma profissão que o Direito oferece, tampouco a área de atuação mais assertiva. Ao ingressar na Empresa Júnior, com pouco tempo vi soft skills nascerem em mim que eu nunca imaginava, ou pelo menos almejava. E isso foi crescendo proporcionalmente com o tempo no Movimento Empresa Júnior. Hoje, posso dizer que além dos conhecimentos materiais do Direito dentro do âmbito Cível, Consumidor, Empresarial, Digital e afins, também aprendi sobre liderança, gerir um time, delegar funções, tomada de decisão e várias outras coisas que qualquer outro projeto de extensão não ensina, nem mesmo até a própria faculdade em sua prática jurídica, uma vez que esta é muito voltada para o contencioso, mas serviços extrajudiciais, Branding Jurídico não são vistos, de modo que a Empresa Júnior acaba abrindo olhos para tudo isso. Hoje, sei o que quero ser, assim como descobri possíveis áreas de atuação graças à ANIMUS Consultoria Jurídica. (DADOS DA PESQUISA, 2021).

Ao final, o grupo pesquisado demonstrou que antes de ingressar na Empresa Júnior, 40% não se sentia motivado para empreender, 20% se sentia pouco motivado, 30% sentia-se muito e apenas 5% plenamente motivado. Dito isso, os números sofreram grande inversão quando questionados se se sentiam motivados a empreender, após fazer parte da Empresa Júnior, logo, 75% se sente plenamente motivado, 15% se sente moderadamente motivado e 10% do grupo se sente muito motivado. Vejamos o comparativo dos gráficos:

Gráfico 5 – Motivação para empreender



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

A transformação de um gráfico para o outro é extremamente relevante, e representa a importância de uma educação empreendedora, bem como da vivência prática para estimular a saída da zona de conforto e, possivelmente, do medo. Como já havia sido debatido anteriormente, a preparação empreendedora dentro da Empresa Júnior é ampla, logo, questionados acerca da pretensão de empreender na área do direito, após a formação acadêmica, foi possível observar o que segue:

Gráfico 6 – Motivação para empreender na área do Direito



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

É perceptível, observando os três últimos gráficos, que todas as pessoas do grupo pesquisado se sentem motivadas a empreender, vimos que 75% se sente plenamente motivado para isso, a perspectiva muda ao passo que observamos a pretensão de empreender dentro do direito, uma vez que apenas 45% deram plenitude a essa intenção e 30% se encontra entre moderado e pouco nesse aspecto.

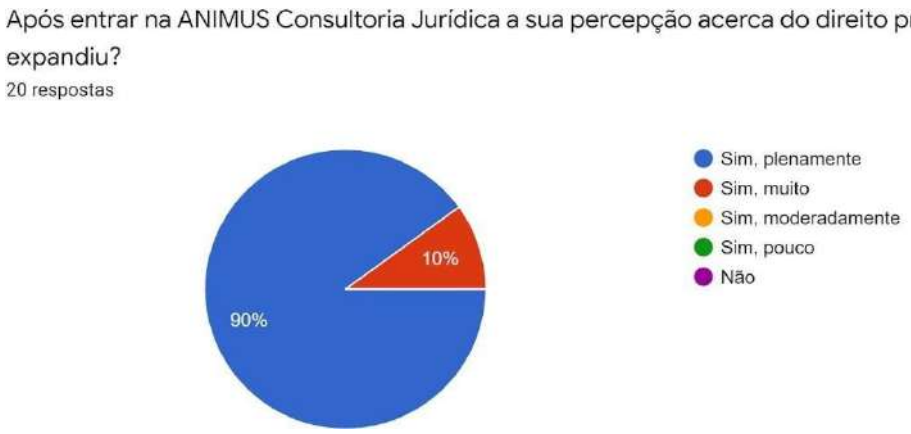
Assim, pode-se observar que a experiência na ANIMUS Consultoria Jurídica tem o potencial de influenciar a perspectiva, a longo prazo, dos seus membros, em um curto período de tempo, levando em consideração a transformação dos gráficos apresentados. Por fim, é deduzido também que a educação empreendedora oportunizada pela experiência na Empresa Júnior não é limitada à área de formação acadêmica e pode ser aplicada também em outras esferas.

5.4 PERSPECTIVAS ACERCA DO DIREITO PREVENTIVO DESENVOLVIDO NA EMPRESA JÚNIOR

No que concerne ao direito preventivo, o que se buscou extrair do grupo pesquisado foi a visão geral acerca dessa modalidade que vem sendo praticada por eles

na ANIMUS, bem como buscar entender se o direito preventivo é um caminho viável para o desenvolvimento profissional desse grupo após a graduação. Nesse sentido, o primeiro questionamento é acerca da expansão da percepção, ou seja, do conhecimento acerca do tema, como podemos observar abaixo:

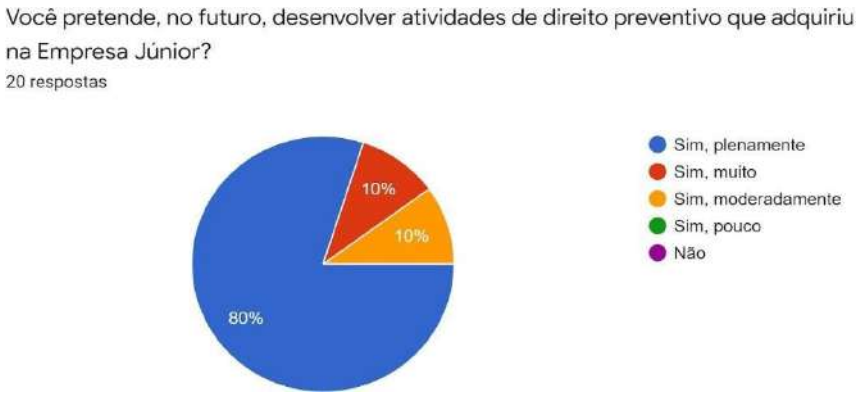
Gráfico 7 – Percepção acerca do Direito Preventivo



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Constata-se que a entrada na Empresa Júnior ANIMUS foi crucial para que o grupo pesquisado obtivesse uma percepção acerca da área do direito que busca adotar medidas que satisfaçam a segurança jurídica, a fim de que não ocorram conflitos a curto e longo prazo. Pode-se relacionar esse resultado à própria estrutura dos cursos de direito, que são focados na resolução litigiosa e muito pouca na prevenção ou até mesmo nas soluções alternativas de resolução de conflitos.

Gráfico 8 – Atividades futuras



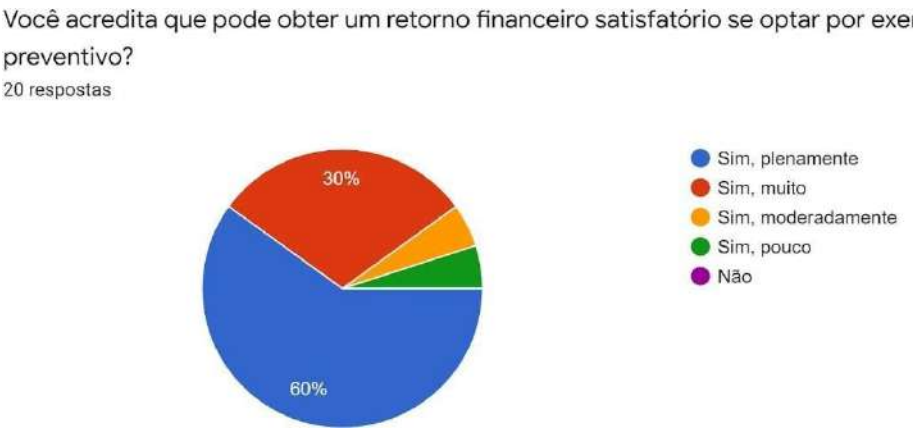
Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Ademais, foi possível observar com a coleta de dados que há uma clara intenção

do grupo pesquisado em continuar, após a sua formação, a desenvolver atividades voltadas para o direito preventivo. Na pesquisa, 80% dos entrevistados afirmam, plenamente, que pretendem continuar a desenvolver um ou alguns dos serviços desempenhados atualmente na ANIMUS.

Somado a isso, quando questionados a respeito do retorno financeiro que podem obter com a prática de viés preventivo, 60% acredita plenamente em um satisfatório retorno financeiro, 30% acredita muito e apenas 5% acredita em pouco retorno financeiro, como podemos observar abaixo:

Gráfico 9 – Retorno Financeiro



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Analisando as respostas obtidas, quando questionados sobre dar continuidade às atividades de direito preventivo, bem como em relação ao retorno financeiro dessas atividades, é possível depreender dos gráficos que há uma simetria em ambas as respostas, assim, nos dois gráficos, 90% do grupo de pesquisa encontra-se acima da média moderada, consolidando a intenção e as expectativas positivas de um futuro, na área preventiva.

Outrossim, é importante que claro quais atividades preventivas estão sendo debatidas, mesmo que já tenham sido brevemente exploradas anteriormente, assim, em primeiro lugar, têm-se o registro de marca perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, responsável por garantir o uso exclusivo do nome e da imagem e que previne os investimentos na marca.

Ainda, os membros da ANIMUS desenvolvem soluções voltadas para a adequação de pequenas empresas à legislação de proteção de dados, produzindo

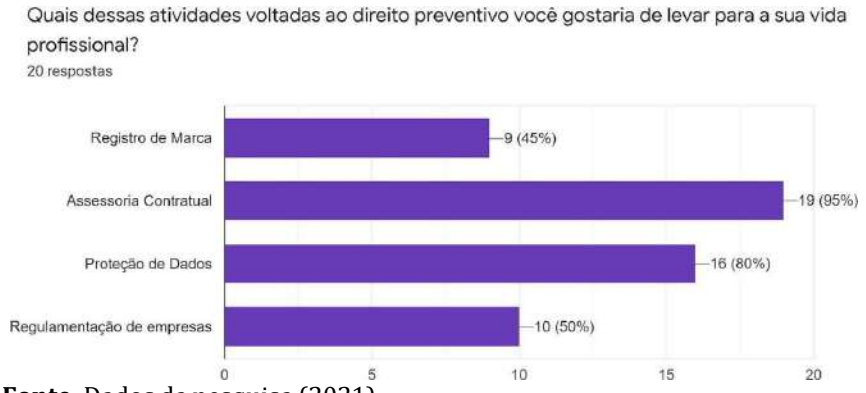
documentos essenciais para assegurar a conformidade com a lei, assim, desenvolvem termos de uso, políticas de privacidade e outros.

Ademais, também é desenvolvida assessoria contratual, e incluem revisões, elaboração e administração de documentos contratuais para os clientes. frente ao direito preventivo, a assessoria contratual detém as vantagens mais fáceis de serem observadas, uma vez que são mais comuns na vida civil por regularem direitos e obrigações.

Outro viés de atividade desenvolvida na Empresa Júnior jurídica é a regulamentação de empresas, com a produção de documentos obrigatórios para a constituição da empresa e até a regulamentação interna, estabelecendo regras de funcionamento para a equipe, por exemplo.

Por conseguinte, quando questionados acerca de quais dessas atividades, compreendidas pelo direito preventivo, gostariam de continuar desenvolvendo, temos o seguinte gráfico:

Gráfico 10– Atividades do Direito Preventivo



Fonte: Dados da pesquisa (2021).

Assim, é possível observar que em grande expressão, a assessoria contratual é o serviço com maior aderência para a vida profissional do grupo pesquisado, logo atrás estão os serviços de proteção de dados e em menor quantidade, próximos, estão os serviços de regulamentação de empresas a registro de marca.

Por fim, a coleta de dados foi concluída após a obtenção de 20 participações na pesquisa, que representa, atualmente, 77% de todos os membros e ex- membros da ANIMUS Consultoria Jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito geral de verificar o impacto do Movimento Empresa Júnior, na graduação de direito, fazendo a análise por meio do empreendedorismo e do direito preventivo, analisou-se o potencial do Movimento em desenvolver uma educação empreendedora ainda na graduação, bem como observou a disposição dos graduandos que tiveram experiência na ANIMUS Consultoria Jurídica em atuar com o direito preventivo, objeto do empreendedorismo na Empresa Júnior de direito do Centro Universitário do Rio grande Do Norte.

Porquanto, conclui-se do presente estudo que o Movimento Empresa Júnior é um potente coeficiente da educação empreendedora das instituições de Ensino Superior, no Brasil, com métodos pré estabelecidos e uma organização do tamanho do próprio país, buscando cumprir o objetivo de tornar o Brasil mais competitivo e empreendedor.

Outrossim, por meio da coleta de dados com membros e ex-membros da ANIMUS Consultoria Jurídica, foi possível observar a crescente consciência acerca da importância do direito preventivo, bem como quantificar a influência da experiência vivida na Empresa Júnior, no que diz respeito ao desenvolvimento profissional dos graduandos.

Por fim, observa-se que a alta inclinação dos graduando de direito, que estiveram na ANIMUS, durante a sua jornada acadêmica, em atuar com soluções preventivas decorre dos aprendizados, habilidades e desenvolvimento pessoal adquiridos com a experiência na Empresa Júnior e no Movimento como um todo.

REFERÊNCIAS

ANIMUS CONSULTORIA JURÍDICA. **ANIMUSCJ**. homepage. Disponível em:<https://www.animuscj.com.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

BARTON, Thomas D. **Preventive law and problem solving:** lawyering for the future. 1 ed. Vandeplas Pub, 2009.

BRASIL. **Lei Federal Nº Lei nº 13.267**, de 6 de abril de 2016. Disciplina a criação e a organização das associações denominadas empresas juniores, com funcionamento perante instituições de ensino superior. Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13267.htm>. Acesso em 21 set. 2021.

_____. **Lei Federal Nº Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Disciplina Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso

em 21 set. 2021.

BRASIL JÚNIOR. **Conceito nacional de empresa júnior (CNEJ)**. 2007. Disponível em: https://uploads.brasiljunior.org.br/uploads/cms/institutional/file/file/5/CNEJ.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. **Mej Brasil: o maior movimento de empreendedorismo jovem do mundo-com Rogério Chér.** 2017. Disponível em: https://brasiljunior.org.br/conteudos/mej-brasil-o-maior-movimento-de- empreendedorismo- jovem-do-mundo-com-rogerio-cher. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. **CONHECENDO O MEJ:** Livro I. 3 ed. São Paulo: Brasil Júnior, 2015.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS JUNIORES. **Brasil Júnior**. Homepage. Disponível em: <https://brasiljunior.org.br/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CHAGAS, Edilson Enedino das . **Direito empresarial esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v.1**: Parte Geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORETTO NETO, Luís et al. **Empresa Júnior**: espaço de aprendizagem.Florianópolis, 2004.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DIANTE DO VICIO DE CONSENTIMENTO E O USO ABUSIVO DE DADOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Yasmim Honorato da Silva[1]
Andrea Andrade Fernandes[2]

RESUMO

O presente artigo visa identificar se a empresa responderá civilmente diante do vício de consentimento e do uso abusivo de dados de seus empregados, bem como qual o regime dessa responsabilidade. Possui como finalidade abordar a LGPD e o uso de dados na relação de emprego; tratar sobre o consentimento e os vícios de consentimento; e discutir a responsabilidade civil da empresa diante do vício explicando os regimes de responsabilidade. Dispõe de pesquisa de natureza básica, com objetivos descritivos, por meio de uma abordagem qualitativa, metodologia dedutiva e procedimento bibliográfico. Em síntese, é possível concluir que convivem na LGPD os dois regimes de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Palavras-chave: LGPD. Relações de emprego. Responsabilidade civil. Vicio de consentimento. Uso abusivo de dados.

GENERAL DATA PROTECTION LAW – THE COMPANY'S CIVIL RESPONSIBILITY FACING THE CONSENT VICE AND THE ABUSIVE USE OF DATA IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

ABSTRACT

This article aims to identify whether the company will respond civilly to the

[1] Acadêmico(a) do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: yasmimhonorato16@gmail.com
[2] Professor(a) Orientador(a) do Curso de Direito do Centro Universitário. E-mail: andreaandrade.adv@hotmail.com

defect of consent and the abusive use of its employees' data, as well as the regime for this responsibility. Its purpose is to address the LGPD and the use of data in the employment relationship; deal with consent and consent vices; and discuss the company's civil liability in the face of defect, explaining the liability regimes. It has basic research, with descriptive objectives, through a qualitative approach, deductive methodology, and bibliographic procedure. In summary, it is possible to conclude that the two civil liability regimes coexist in the LGPD: subjective liability and objective liability.

Keywords: LGPD. Employment relationships. Civil responsibility. Consent addiction. Misuse of data.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 já havia se dedicado a proteção da vida privada e da intimidade dos cidadãos, no entanto com o advento das novas tecnologias que se baseiam em análise massiva de dados, a partir da inteligência artificial e da robótica, houve a potencialização dos riscos de invasão da privacidade e intimidade das pessoas, despertando assim a necessidade de regulamentação no que se refere a proteção dos dados pessoais.

No Brasil foi aprovada a lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a qual foi fortemente inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia, também conhecido como General Data Protection Regulation (GDPR), regulamento (UE) nº 679/2016.

A Lei Geral de Proteção de Dados é uma lei de base principiológica, pois além de fomentar as inovações tecnológicas e a livre iniciativa, visa proteger princípios como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas.

Além disso, juntamente com a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), a LGPD estabelece normas para regulamentar o tratamento dos dados pessoais, físicos e digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, regulamentando o tratamento de dados pessoais tanto dos consumidores e clientes, quanto dos funcionários e

colaboradores que atuam nas empresas, refletindo diretamente nas relações de emprego.

O uso abusivo de dados pessoais, especialmente em ambientes digitais, deu origem a escândalos de vazamento.

Um exemplo, que tomou grande proporção, foi o caso do Facebook e da empresa Cambridge Analytica, onde a coleta de informações pessoalmente identificáveis de até 87 milhões de usuários do Facebook, foi utilizada para influenciar a opinião de eleitores em vários países com a finalidade de ajudar políticos a influenciarem no resultado de eleições.

Quanto a caracterização do uso abusivo de dados, a LGPD não fornece uma definição propriamente dita. Entretanto, ao longo do texto legal várias são as possibilidades de caracterização do uso abusivo.

Um exemplo ocorre ao ler os artigos da LGPD que estipulam hipóteses para que seja autorizado o tratamento de dados. Por meio dessa leitura é possível extrair que o uso abusivo de dados pessoais é todo e qualquer tipo de manipulação de dados do titular[3] que não se enquadre em nenhum dos requisitos necessários para o tratamento de dados, as chamadas bases legais.

Além disso, uma outra extração possível, é quanto a finalidade para que são colhidos e tratados os dados dos titulares, de modo que toda atividade realizada com os dados pessoais para outra finalidade que não a consentida e informada na coleta dos dados pode ser considerada uso abusivo de dados.

Diante disso, a posição legislativa em não caracterizar o uso abusivo de dados pode, inicialmente, ser percebida como uma lacuna, porém sob outro ângulo pode ser considerada como a forma encontrada pelo legislador para não limitar o rol de possibilidades de violação a direitos como a privacidade, a intimidade, a honra e imagem das pessoas e também fornecer liberdade ao titular de dados para ter o controle sobre seus dados.

Ademais, no que concerne as sanções administrativas, o descumprimento e a desconformidade das empresas com a lei de proteção de dados pode ensejar penalidades e responsabilidades.

Quanto a responsabilidade civil, a qual pretende-se abordar nesse artigo, essa pode ser gerada principalmente se, decorrente da base legal do consentimento, a

[3] Toda pessoa que tem seus dados coletados para que venha sofrer algum tipo de tratamento.

vontade real do titular de dados for viciada, ou seja, se essa não for observada ou não puder ser manifestada, acarretando assim em falhas no negócio jurídico.

Por conseguinte, para análise do tema, o presente artigo visa identificar se a empresa responderá civilmente diante do vício de consentimento e do uso abusivo de dados de seus empregados, bem como qual o caráter dessa responsabilidade.

Em um primeiro momento, o artigo abordará a LGPD e o uso de dados na relação de emprego, apresentando o tratamento de dados e seus requisitos, bem como os agentes responsáveis pelo tratamento.

Em sequência, se propõe a tratar sobre o consentimento e os vícios de consentimento, explicando como ocorre sua obtenção, se é passível de revogação e as consequências advindas do vício.

Por fim, versará sobre a responsabilidade da empresa diante do vício de consentimento à luz do instituto de responsabilidade civil brasileiro, explicando as responsabilidades subjetiva e objetiva.

2 DA LGPD E DO USO DE DADOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 1º, traz como finalidade a proteção aos direitos fundamentais referentes a liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sem fazer nenhuma distinção quanto ao tipo de relação jurídica em que se dá o tratamento de dados pessoais, possibilitando assim o entendimento de que seus efeitos e consequências se aplicam as mais variadas espécies de relações, inclusive as relações de trabalho.

Diferentemente da GDPR, a LGPD não traz se quer um capitulo ou artigo voltado ao Direito do trabalho, no entanto sua aplicação a ele é categórica, pois a coleta; recepção; armazenamento e retenção de dados pessoais abordados pela LGPD permeiam desde as fases anteriores a celebração contratual, como coleta de informações sobre o candidato, currículo, histórico, entre outras informações, até a execução do contrato de trabalho.

Na relação de emprego, informações pessoais são inerentes à própria individualização daqueles que celebram negócios jurídicos em geral, principalmente contratos de trabalho, como se depreende do art. 2º e 3º da CLT.

Um exemplo é a necessidade de identificação profissional ocorrer através da

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social, pelo Livro de Registro de Empregados, conforme capitulo específico sobre o registro profissional da CLT.

A extensa regulamentação legal sobre o tema, bem como, a CLT considerar crime o tratamento inadequado das informações atinentes à relação de trabalho, conforme o art. 49, destaca a relevância conferida pelo legislador ao tema.

No âmbito das relações empregatícias é comum que o empregador colha determinados dados pessoais de seus empregados, e registre determinadas informações dos trabalhadores com quem mantém algum vínculo contratual.

Documentos comuns às relações de trabalho são: os de ordem médica (evidenciados através do atestado de saúde ocupacional – ASO); os exames obrigatórios (art. 168, CLT); outros dados pessoais como aqueles constantes na carteira profissional – CTPS, RG, CPF, CNH, RNE; registros expedidos pelos órgãos de classe – OAB, CREA, CRM entre outros; comprovantes de residência; título de eleitor; cartão do PIS; carteira de reservista; informações acerca de eventual aposentadoria ou benefício previdenciário; informações sobre formação profissional e educação (diplomas de graduação, histórico escolar, especialização, mestrado ou doutorado), informações sobre filhos, dependentes, cônjuges.

Há ainda outros dados pessoais coletados pelo empregador que merecem atenção e cautela - os dados automatizados, são eles: os e-mails; as mensagens trocadas em aplicativos de comunicação; as imagens dos empregados e colaboradores no local de trabalho (gravação de meio ambiente do trabalho); reconhecimento facial; testes para a apuração do consumo de substâncias entorpecentes, inclusive decorrentes de imposição legal (art. 168, § 6º, CLT); as chamadas em sistemas de teleconferência e o registro biométrico da jornada de trabalho.

Em razão do princípio da transparência, abordado pela LGPD, nenhum tratamento de dados pode se dar de forma oculta. O tratamento de dados ocultos é um tratamento ilícito.

Portanto, os dados só podem ser tratados mediante prévio aviso ao empregado. De modo que o empregador pode, por exemplo, monitorar com vídeo o ambiente de trabalho desde que haja um prévio aviso.

Apesar da nova Lei não ter regulamentado a aplicação da proteção de dados no âmbito das relações de trabalho, é fundamental compreender a importância do tratamento de dados nessas relações, bem como seu funcionamento, considerando as

necessidades decorrentes de cada empresa como forma de evitar o uso abusivo de dados.

2.1 DO TRATAMENTO DE DADOS E SEUS REQUISITOS

O tratamento de dados, conforme art. 5º, X, da LGPD, é toda operação realizada com dados pessoais, podendo-se elencar a coleta, produção, recepção, classificação, reprodução, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, transferência, entre outros.

Para que ocorra o tratamento de dados a Lei determina alguns princípios, são eles: Finalidade, adequação e necessidade; princípio do Livre acesso, qualidade dos dados e transparência; Segurança, prevenção e não discriminação; e Responsabilização e prestação de contas.

Em seus artigos 7º e 11 estipula hipóteses nas quais, as empresas devem se enquadrar para que obtenham autorização quanto ao tratamento de dados pessoais[4] e sensíveis[5].

De forma sucinta, os requisitos estabelecidos como hipóteses ou bases legais para tratar dados são: o consentimento do titular; legitimo interesse; cumprimento de obrigação legal ou regulatória; tratamento pela administração pública; realização de estudos e de pesquisas; execução ou preparação contratual; exercício regular de direitos; proteção da vida e da incolumidade física; tutela de saúde do titular e proteção de crédito.

No âmbito trabalhista, o tratamento de dados começa antes mesmo da admissão do empregado, na fase denominada pré-contratual. Nessa fase, caracterizada por ser o momento em que ocorre o processo seletivo, ou seja, abertura de vagas; captação e triagem de currículos e entrevistas, até a efetiva contratação do funcionário, a empresa deverá tratar não somente dos dados que se mantem no banco de currículos, mas também dos dados presentes nos currículos daqueles candidatos não selecionados para a vaga.

Além disso, algumas precauções são fundamentais como por exemplo: solicitar

[4] Informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.
[5] Dados específicos que possam levar a discriminação ao serem tratados, como por exemplo aqueles de origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

do candidato apenas informações estritamente necessárias para avaliação e seleção; cuidar do manuseio e arquivamento dos currículos, uma vez que, mesmo com o consentimento do titular, a proteção dos dados deve continuar; informar ao candidato o tratamento oferecido as informações por ele fornecidas, bem como se há interesse em manter seu currículo no banco de dados da empresa, sendo necessária obtenção de autorização expressa; utilizar os dados, pelos candidatos fornecidos, especificamente para a candidatura da vaga anunciada, não podendo utiliza-los para outro fim, a exceção de dados estatísticos em que as informações são tratadas de forma anônima; atentar para uso e repasse das informações obtidas em entrevistas, mediante a responsabilidade na preservação das informações tidas como sensíveis e destinar corretamente as informações dos candidatos não selecionados para a vaga, seja via banco de currículos ou eliminação dos dados, devendo ser ofertada a escolha aos candidatos.

Tais precauções são essenciais para que não ocorra nenhuma forma de discriminação para com o titular de dados, e candidato à vaga, na fase de seleção.

Já na fase contratual, iniciada com a admissão do empregado ou formalização do contrato com o prestador de serviços, os dados e documentos advindos da relação entre a empresa e seus funcionários terão um fluxo maior, demandando assim maior cuidado com a definição de processos e procedimentos pelo qual passará os dados de acordo com a realidade de cada empresa.

Desse modo, é importante que as empresas realizem uma análise dos departamentos que terão acesso aos dados dos funcionários e colaboradores como por exemplo o setor de RH; a contabilidade e também setores da área financeira, bem como verificar se tais dados são transmitidos ou compartilhados com terceiros; como se dá essa transmissão e o tratamento desses dados e principalmente onde e como são armazenados.

Partindo dessa análise, também denominada de mapeamento de dados, torna-se possível prevê os riscos e identificar as necessidades de adequações à Lei, por meio de revisão de cláusulas contratuais, políticas e treinamentos específicos para a empresa.

Com relação ao tratamento de dados pessoais sensíveis do trabalhador, apesar da coleta de alguns desses dados estar fundamentada em lei, tais dados exigem maior cautela, visto que, são dados que contém informações importantes, as quais em caso de vazamento podem ocasionar consequências como a discriminação, ferindo

diretamente a intimidade de seu titular. Um exemplo é quanto as informações de saúde dos empregados, as quais podem ser fornecidas ao empregador por atestados médicos ocupacionais e planos de saúde empresariais, tais informações também podem ser consideradas dados sensíveis. Nesse caso a empresa deverá rever seu contrato com a seguradora que presta serviços, posto que o controlador poderá ser responsabilizado por incidentes de segurança decorrentes dos operadores por ela indicados.

No que se refere aos atestados médicos ocupacionais, entende-se que não há exigência de consentimento por parte do empregado, uma vez que a CLT prevê como obrigação legal do empregador. Entretanto, o repasse de informações médicas de funcionários para fornecimento de planos de saúde empresariais necessita de autorização expressa do trabalhador.

Outro caso importante, que pode gerar grandes discussões é o uso da biometria dos empregados na empresa.

Segundo o artigo 5º, II da nova Lei, dados biométricos são dados pessoais sensíveis e, portanto, requerem tratamento diferenciado por parte das empresas.

É importante destacar que biometria não se restringe apenas a impressão digital, podendo ser extraída a partir da íris, face, voz ou até mesmo deambulação[6].

O uso de dados biométricos na relação de emprego é, geralmente, para fins de registro de ponto.

A própria CLT em seu art. 74, estipula a necessidade de registro de ponto, admitindo que este se dê por meio manual, mecânico ou eletrônico.

Por ser, em muitos casos, obrigatório para o acesso a empresa, o uso de dados biométricos necessita de autorização prévia e expressa de cada funcionário, de forma que seu uso deve se restringir somente ao fim a que se destina, sendo vedada sua utilização para outra finalidade sem consentimento expresso do titular.

No que tange a contratação de menores de idade pala empresa ou ainda se o trabalhador indicar menores de idade como dependentes, conforme a lei, os responsáveis legais devem autorizar o tratamento de dados, bem como devem ser informados sobre todas as atualizações e modificações realizadas no tratamento dos dados pessoais dos menores.

Dessarte, na fase pós contratual, marcada pelo desligamento do funcionário dos quadros da empresa, essa deve informar ao titular sobre a finalização do uso de seus

[6] Ato ou efeito de deambular; passeio.

dados.

Ao final das relações de trabalho, a legislação trabalhista impõe a guarda de documentos como prova em futuras ações trabalhistas ou mesmo para concessão de informações relacionadas as contribuições sociais ou eventuais fiscalizações pelo Ministério da Economia.

Em conformidade com o artigo 11-A da CLT, "A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho", permitindo assim que a empresa possua garantia legal para a guarda desses documentos por pelo menos o período correspondente ao prazo prescricional.

Ainda referente a manutenção de documentos do titular pela empresa, é mister destacar que a LGPD, em seu artigo 16, apresenta hipóteses em que é autorizada a conservação dos dados:

> Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término do seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:
> I – Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
> II – Estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
> III – transferência a terceiros, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou
> IV – Uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiros, e desde que anonimizados os dados (BRASIL, 2018).

Conforme inciso I, os dados do titular podem não ser eliminados caso haja qualquer determinação legal, seja ela federal, estadual, municipal, internacional ou regulatória, como por exemplo dados tributários. Vale salientar que, caso as boas práticas, comprovadamente seguidas no nicho de mercado, apontem para a não eliminação dos dados, o controlador poderá reter os dados pessoais do titular (MALDONADO *et al.*, 2021, p. 225).

Já o inciso IV, é possível a retenção dos dados, assim que encerrada a relação entre o controlador ou operador e o titular, desde que anonimizados, como é o caso de informações detalhadas de perfis, para uso exclusivo do controlador (GARCIA *et al.*, 2020, p. 68).

Contudo, sustenta Maldonado *et al.* (2021, p. 226) que,

> [...] sendo os dados de fato anonimizados, é possível sustentar que, como não mais estarão diretamente protegidos por esta Lei, eles podem ser divulgados ou compartilhados com terceiros, desde que todos os demais dispositivos sejam atendidos, especialmente os que tratam sobre as restrições ao uso dos dados, mesmo anonimizados.

Importante salientar que, conforme indica Garcia *et al*. (2020, p. 68), sempre que houver a retenção de dados após o fim do seu tratamento, mesmo que procedido a sua anonimização, o titular deve ser informado com a sua respectiva justificativa.

Ainda assim, no decurso do prazo de guarda, a empresa deve estar em conformidade com as diretrizes da LGPD, mantendo o tratamento e sigilo dos dados até o término desse período, sendo então obrigatório seu descarte.

Conforme Maldonado, *et al*. (2019, p. 187) salienta, o descarte dos dados deve ser irreversível nos arquivos principais, bem como suas cópias de segurança que eventualmente tenham sido geradas no decorrer do tratamento.

Algumas opções como: picotar ou incinerar documentos em papel; excluir informações na Nuvem e formatar HD´s físicos para garantir que não haverá mais acesso aos dados, são bem vindas, no entanto é preciso informar ao titular de dados, com clareza, quanto a política de descarte da empresa.

O descarte de dados ainda é alvo de grandes discussões principalmente entre os profissionais de Tecnologia de Informação, uma vez que existem divergências quanto real possibilidade de descarte.

De acordo com o Gerente de Segurança da Informação para o Brasil e Argentina na Tata Consultancy Services (TCS), Rodrigo Ferrarez, em entrevista fornecida ao site Infor Channel, em 16 de novembro de 2020,

> Na TCS utilizamos o padrão da ISO 27.001, que também dá recomendações sobre as formas de descarte seguro para todos os meios, e devemos sempre observar e seguir as políticas de classificação de dados, já que é através delas podemos entender quais os cuidados na hora de transmitir, armazenar e descartar dados e informações. A LGPD não dá uma receita de bolo de quais tecnologias ou controles específicos devem ser utilizados para proteger as informações então é preciso que cada empresa determine, dentro de seu contexto de negócio, quais serão as medidas de proteção e descarte seguro, e comunique as partes interessadas.

A ISO 27.001 é uma norma internacional de Gestão de Segurança da Informação

que visa a adoção de um compilado de requisitos, processos e controles, com a finalidade de gerir com maior qualidade e antecipação os riscos de segurança da informação nas organizações.

De modo que, não importa o meio no qual a informação circula, online ou offline, todo dado deve ser igualmente protegido inclusive no momento de descarte e é responsabilidade de quem realiza atividade de tratamento, fazê-lo.

Portanto, todas as empresas devem possuir uma política de descarte de dados, analisando quais aqueles necessários para atingir suas finalidades e quais aqueles dados não são mais atuais ou já não são úteis perante a política de proteção de dados informada ao titular, valendo-se disso, tanto para dados físicos, quanto para dados digitais, para que a empresa não seja uma "acumuladora" (MARINHO, 2020, p. 23).

Contundente a isso, é de suma importância definir hierarquias de acesso aos dados, analisando quem realmente deve ter acesso, minimizando vazamentos e utilizações inadequadas das informações.

2.2 DOS AGENTES RESPONSAVEIS PELO TRATAMENTO DE DADOS

A LGDP menciona ainda agentes responsáveis pelo tratamento de dados, sendo eles: o controlador, o operador e o encarregado.

O controlador de dados é, segundo a lei, pessoa física ou jurídica que determina o modo e a finalidade do tratamento dos dados pessoais, isto é, no âmbito da relação de emprego é possível compreender o controlador como a empresa ou empregador, responsável por definir como ocorrerá o tratamento de dados da coleta à eliminação. Sendo ele a figura mais interessada no tratamento de dados e também sobre quem recai maior responsabilidade.

Por sua vez, o operador é a pessoa física ou jurídica que realiza de fato o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador e conforme suas orientações. Por tratar diretamente com os dados pessoais a Lei também estabelece responsabilidade sobre este.

Já o encarregado, também chamado de Data Protection Officer[7] (DPO), é indicado pelo operador e controlador para atuar na comunicação entre controlador, titular dos

[7] Encarregado da proteção de dados.

dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados[8] (ANPD), garantindo ainda a proteção dos dados em posse do controlador.

Outrossim, a nova Lei estabelece que os agentes de tratamento além de garantir um acesso facilitado ao titular e de reformular suas bases de dados para facilitar o compartilhamento, devem reforçar os mecanismos de segurança e proteção dos dados, ser capazes de produzir relatórios de impacto a proteção de dados pessoais com detalhes sobre o fluxo e a transformação sofrida pelos dados, bem como, manter um registro das operações realizadas com os mesmos.

Ademais, é preciso relembrar que para o tratamento de dados pessoais é fundamental o enquadramento da empresa em uma das hipóteses legais previstas em lei.

No capítulo seguinte, será abordado com especificidade a base legal do Consentimento, visto que é o foco do presente artigo.

3 DO CONSENTIMENTO E DOS VICIOS DE CONSENTIMENTO

Em conformidade com o artigo 5º, inciso XII, consentimento é a "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada".

Nesse contexto é possível considerar que há quatro requisitos para se considerar consentimento, são eles: a manifestação livre; informada e inequívoca e a necessidade de uma finalidade determinada.

Sobre a manifestação livre, o titular não é obrigado a fornecer consentimento, bem como esse consentimento não pode ser obtido de forma automática, nem mesmo de forma tácita.

Em conformidade com o artigo 18 da LGPD, os titulares poderão pedir aos agentes de tratamento a confirmação de seus dados, o acesso a eles, sua correção, anonimização, bloqueio, eliminação e portabilidade. Assim, para que o consentimento seja livre é necessário que o titular possua o controle de seus dados, tendo livre acesso as informações sobre eles e também quanto ao tratamento a que estão sendo submetidos.

Quanto a manifestação informada, no artigo 8º, caput e §1º da LGPD, é

[8] Órgão fiscalizatório e regulador da LGPD.

estipulado que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a vontade do titular" e que, caso seja fornecido por escrito, deve "constar de clausula destacada das demais cláusulas contratuais". Dessa forma, a declaração de consentimento deverá ser informada de maneira inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples, sem cláusulas abusivas.

No que se refere a manifestação inequívoca, o titular precisa compreender as condições do que está consentindo, não podendo haver dúvidas sobre o consentimento.

Com relação a finalidade, o consentimento não pode ser genérico, devendo ter um fim especifico e determinado.

Além disso, conforme o art. 8º, § 5º, da LGPD, podem ainda os titulares, caso não estejam de acordo com o modo que ocorre o tratamento de seus dados, revogar o consentimento de uso dado anteriormente.

No caso de o titular de dados não dispor de livre escolha ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem prejuízo não será possível considerar que o consentimento foi dado de livre e espontânea vontade, tornando o negócio jurídico ineficaz.

Nesse sentido, para Rodolfo P. Filho e Vicente V. C. Junior (2020, p.19), a inobservância à LGPD pode ensejar a nulidade do consentimento: "eventuais disposições contratuais que gerem danos ao titular dos dados será considerada como se ali não estivesse escrita, [...], como forma de tutelar os interesses da parte hipossuficiente".

Diante disso, cabe ao controlador e ou ao agente de tratamento, o ônus de provar que o titular deu o seu consentimento de forma livre e inequívoca à operação de tratamento dos dados e que tanto o controlador quanto o operador agiram em conformidade com a LGPD.

Ademais, é importante destacar que o consentimento é apenas uma das bases legais que autorizam a empresa a tratar dados dos empregados. Entretanto, na relação de emprego, considerando a finalidade e a relação estabelecida com o titular de dados, o consentimento pode não ser a base mais adequada.

Ao analisarmos a subordinação, um dos requisitos para caracterizar a relação de emprego, torna-se visível que a vontade do empregado é limitada pelo contrato de trabalho assinado entre ele e o empregador, o qual detém a direção das funções, ou

seja, o empregado tem o dever de cumprir as determinações do empregador, claro, respeitando-se seus direitos legais.

Dessa forma é possível perceber que há uma disparidade no negócio jurídico celebrado entre o empregador e o empregado.

Assim, um dos principais problemas quanto ao uso da base legal consentimento está relacionado ao termo "consentimento livre", o que não pode ser verificado em uma relação de emprego, em que há subordinação, tendo em vista o desequilíbrio entre as partes.

Nesse contexto, a GDPR, em seu Considerando nº 43, aponta expressamente que "a fim de assegurar que o consentimento seja dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento". O órgão consultivo europeu independente, Grupo de Trabalho 29[9], considera um problema os empregadores procederem o tratamento de dados pessoais de seus empregados com base no consentimento, visto que é questionável que esse consentimento seja dado espontaneamente.

Por tanto, em razão do risco de não ser considerado valido, o uso do consentimento no âmbito das relações de trabalho não é recomendável. Entretanto, há outras hipóteses mais indicadas para o tratamento de dados pessoais provenientes da relação de emprego.

O artigo 7º, inciso V, da LGPD, prevê a realização do tratamento de dados pessoais quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados ao contrato do qual seja parte o titular, a pedido deste.

Sendo o contrato de trabalho, um acordo firmado por duas partes, nesse caso entre o empregado e empregador, a LGPD prevê que o controlador trate os dados pessoais sem o consentimento do titular, uma vez que existe uma manifestação de vontade de ambas as partes. Além disso, uma outra hipótese de tratamento de dados está prevista no artigo 7º, inciso II, da LGPD, onde é permitido o tratamento de dados para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador.

Nesse caso, um exemplo é a exigência que o empregador tem para com o Estado, de prestar obrigações derivadas da relação de emprego, que são os recolhimentos

[9] Working Party29º é o grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas a proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018 (data de aplicação do RGPD).

fiscais e previdenciários dos seus empregados.

Por fim, no artigo 7º, inciso VI, da LGPD, há uma hipótese que confere ao empregador a possibilidade de tratar dados dos titulares sem a necessidade de consentimento, que é para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, tendo como exemplo mais comum, as demandas judiciais perante a Justiça do Trabalho.

Embora não seja a base legal mais adequada para tratar dados na relação de emprego, tendo em vista que há outras bases, o tratamento de dados pelo consentimento é possível.

Um exemplo, são as iniciativas adotadas pela empresa quanto confraternizações ou aniversários de seus funcionários e colaboradores.

Em muitos casos há divulgação de nomes e datas em murais ou até mesmo nas mídias sociais da empresa. Nesses casos, é comum que algum dos funcionários não se sinta à vontade, seja por motivos pessoais ou íntimos, de expor tais dados, assim a base legal do consentimento torna-se a melhor opção a ser utilizada, pois permite ao titular estar no controle de seus dados pessoais.

Outro exemplo, é o abordado na Guideline nº 259/2017[10] do Grupo de Trabalho do Artigo 29, que trata de orientações relativas ao consentimento (Guidelines on consent under Regulation 2016/679):

> Uma equipe de filmagem pretende filmar determinada parte de um escritório. O empregador solicita o consentimento de todos os trabalhadores que se sentam nessa zona do escritório para serem filmados, uma vez que podem aparecer em segundo plano nas filmagens do vídeo. Os trabalhadores que não quiserem ser filmados não serão de forma alguma penalizados, uma vez que serão colocados noutro local de trabalho equivalente numa outra zona do edifício enquanto durar a filmagem.

Com base nos dois exemplos apresentados, percebe-se que a utilização do consentimento como base legal nas relações de trabalho, apesar de não ser a mais adequada, é possível, desde que a negativa deste consentimento não venha a prejudicar o titular e que seja realizado de forma livre, para não incorrer em vicio de consentimento.

Partindo do pressuposto de que a vontade é um elemento essencial para que atos e negócios jurídicos se realizem, e deve ser externada de forma livre, espontânea e

[10] Diretriz sobre consentimento nos termos do regulamento 2016/679.

clara, como diz o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 46);

> A vontade é a mola propulsora dos atos e negócios jurídicos. Essa vontade deve ser manifestada de forma idônea para que o ato tenha vida normal na atividade jurídica e no universo negocial. Se essa vontade não corresponder ao desejo do agente, o negócio jurídico tornar-se-á suscetível de nulidade ou anulação.

Portanto, sempre que a vontade real do titular não for observada ou manifestada, ocorrerá vicio de consentimento, acarretando em falhas no negócio jurídico.

Em conformidade com o Código Civil brasileiro, são vícios de consentimento: erro ou ignorância; dolo; coação; estado de perigo ou lesão.

O erro ocorre quando o agente possui uma falsa percepção da realidade, enganando-se sozinho, ou seja, possui uma percepção destorcida daquilo que realmente é.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 53), o erro "Trata-se de manifestação de vontade em desacordo com a realidade, porque o declarante tem uma representação errônea da realidade. Já na ignorância, o declarante nada sabe a respeito da realidade", ou seja, diferentemente do erro a ignorância é o completo desconhecimento da realidade.

Um exemplo é quando ocorre a contratação de um homônimo[11]. De modo que havendo prestação de trabalho haverá o contrato de emprego, independentemente do erro.

O artigo 138, do Código Civil, trata do erro, reforçando que quando a declaração de vontade ocorrer mediante erro substancial, escusável e real o negócio jurídico realizado é passível de anulação.

No que se refere ao dolo, previsto no artigo 145, do Código Civil, igualmente ao erro trata-se de uma falsa percepção da realidade, entretanto, a falsa percepção é introduzida por outrem.

De acordo com o doutrinador Patrick Lendl Silva (2011, p.72): "No dolo, o agente não causa o efeito sozinho. A outra parte que integra o negócio jurídico, ou um terceiro estranho a essa relação jurídica, é que dá ao declarante a falsa percepção da realidade, que, sozinho, não teve".

[11] Pessoas que possuem um nome idêntico a outra.

Um exemplo, é quando ocorre a obtenção desautorizada de documentos necessários a uma contratação.

Com relação a coação, prevista no artigo 151, CC., essa ocorre sempre que uma pessoa se utiliza de pressão psicológica ou ameaça física para que o agente realize algo contra sua vontade.

Conforme determina os doutrinadores De Plácido e Silva (2020, p 69): "Coação é toda ameaça ou pressão exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio".

A coação se divide em duas: absoluta e relativa. A primeira, caracterizar-se pelo emprego de força física, não ocorrendo qualquer consentimento ou manifestação de vontade por parte do agente. Já na segunda o coator se utiliza do emprego de ameaça, impondo ao agente uma condição de que, caso não faça o solicitado, corre o risco de vir a sofrer os atos ditos nas ameaças.

Um exemplo, ocorre quando o empregado é forçado a pedir demissão sob pena de divulgação de sua situação pessoal.

Sobre a nulidade do negócio jurídico cabe ressaltar que quando é usado o emprego de força física, o negócio jurídico se torna nulo. Desse modo, somente os atos realizados mediante ameaça e pressão psicológica são anuláveis.

Ademais, quanto ao estado de perigo, previsto no artigo 156, CC., o agente é levado a realizar um negócio jurídico para salvar a si próprio ou alguém de sua família, assumindo uma obrigação desproporcional e excessiva, sendo que este dano causado é conhecido pela outra parte.

Por fim, a lesão, prevista no artigo 157, CC., ocorre quando o agente é levado a realizar um negócio jurídico, seja por inexperiência ou por necessidade, sendo que tal negócio se torna extremamente oneroso em comparação com a contraprestação que receberá, sendo ele credor ou devedor.

Em sequência, o capítulo seguinte tratará sobre a responsabilidade civil da empresa diante do vício de consentimento.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA NA LGPD

A responsabilidade civil pode ser designada como o ramo do direito civil que se ocupa dos danos advindos da vida social.

A responsabilidade civil que antes se dava em torno da noção de ato ilícito e em especial do elemento subjetivo culpa, compreendida como um mecanismo de sanção; com o passar dos anos e com o avanço das novas tecnologias deslocou-se de culpa para dano.

Nesse sentido, tendo como base o dano, tornou-se necessário a criação de um novo regime de responsabilização civil, calcado não mais na culpa, mas sim no risco.

Atualmente, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, ambos os regimes convivem, competindo ao legislador ou ao juiz definir quais atividades se encontram sob a égide da responsabilidade subjetiva e quais se encontram sob a égide da responsabilidade objetiva.

Em sintonia com a história da responsabilidade civil, a Lei Geral de Proteção de Dados, em seus artigos 42 a 45 trata da responsabilidade civil patrimonial e extrapatrimonial dos agentes de tratamento de dados, considerando tanto o controlador quanto o operador responsáveis por eventuais danos patrimonial, moral, individual ou coletivo, em caso de violação à respectiva legislação.

De modo que, tanto o Controlador quanto o Operador devem adotar medidas para resguardar a segurança das informações, bem como notificar o titular em caso de um incidente de segurança. Tal exigência vale para todos os agentes da cadeia de tratamento.

Em conformidade com o inciso II, §1, do artigo 42, da LGPD, se um controlador causar dano a alguém em virtude de uma atividade de tratamento, poderá ser responsabilizado solidariamente, devendo reparar o dano.

Assim, para assegurar a indenização ao titular dos dados, o operador responde solidariamente quando descumprir as obrigações da lei ou caso não tenha seguido as instruções do controlador. E o controlador, por sua vez, envolvido em tratamento de dados também responderá solidariamente.

Caso não haja violação à LGPD ou o dano seja de culpa exclusiva de terceiros ou do titular dos dados, nenhum dos agentes será responsabilizado.

Entretanto, mais precisamente com relação ao artigo 42, é perceptível a lacuna quanto o regime de responsabilização que deveria recair sob o encarregado e eventuais terceiros que participem dos processos relacionados à proteção dos dados pessoais. Uma vez que, as disposições do artigo não esgotam as situações de coleta, tratamento e armazenamento dos dados pessoais, gerando insegurança ao seu titular.

Por sua vez, quanto o regime de responsabilização civil adotado pelo legislador para ser aplicado na LGPD, esse é alvo de grandes discussões por parte dos doutrinadores.

Parte da doutrina defende o regime objetivo e parte defende o subjetivo.

4.1 DO REGIME OBJETIVO

Grande parte da doutrina que defende o regime objetivo como sendo o regime de responsabilidade civil adotado pelo legislador na LGPD, se fundamenta no fato de que a atividade de tratamento de dados seria uma atividade de risco, e o titular dos dados, portanto, seria uma partícula suficiente em relação ao agente de tratamento, de maneira que ele teria uma hipossuficiência técnica em relação ao agente e por isso de acordo com o Código Civil estaria submetido ao regime de responsabilidade civil objetiva.

Segundo os doutrinadores Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes "o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares" (2020).

Dentre as previsões da LGPD nessa linha, citam o art. 7º, no qual há uma delimitação exaustiva das hipóteses em que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado; o art. 6º, III ("princípio da finalidade") e II ("princípio da adequação", cujos termos prescrevem que o tratamento não deve ser admitido quando for inadequado ou desproporcional "em relação à sua finalidade"); o art. 16, que impõe, "como regra", a necessidade de "eliminação dos dados quando seu tratamento esteja encerrado", bem como, por fim; as várias ocasiões em que a LGPD acena para a obrigação "de se levar em conta o risco presente no tratamento de dados" . Em síntese percebe-se que o argumento dos autores é pautado no fato de que a própria LGPD visa delimitar expressamente as hipóteses permitidas de tratamento, como forma de evitar sua banalização e, justamente da criação das restrições, extrai-se a caracterização da atividade como sendo de risco, a ponto de atrair a responsabilização dos agentes de tratamento, independentemente de conduta culposa.

Desse modo, considerando a responsabilidade civil do controlador objetiva, bastaria que o titular dos dados, comprovasse a conduta, ou seja, o tratamento dos dados, o nexo de causalidade e o dano, não precisando provar a culpa.

Outro argumento é que mesmo tendo a LGPD forte inspiração da legislação

europeia, é possível identificar grande semelhança da LGPD com o Código de Defesa do Consumidor, principalmente quanto a sessão de responsabilidade civil.

Além disso, por esse regime tanto o controlador quanto o operador responderiam objetivamente, ou seja, sem necessidade de provar culpa, contudo o controlador responderia diretamente, ao passo que o operador responderia apenas subsidiariamente.

Ademais, conforme a legislação de dados, nos casos, em que o operador não siga as regras estabelecidas pelo controlador é possível que o operador responda diretamente ao invés de subsidiariamente. Por isso a importância de estarem em conformidade com a nova Lei.

4.2 DO REGIME SUBJETIVO DE RESPONSABILIDADE

Por outro lado, há doutrinadores que entendem pelo regime subjetivo, argumentando que apesar da semelhança com o CDC a LGPD em momento algum emprega a expressão "independente de culpa", como consta no CDC e no CC.

Além disso, um forte argumento, aos que entendem o regime como subjetivo, é a possibilidade do agente de tratamento de dados se eximir da responsabilidade de indenizar, mediante comprovação de ter agido conforme a lei e adotado as medidas de segurança.

Em seu art. 43, a LGPD aborda hipóteses que excluem a responsabilidade dos agentes. De forma que estes só não serão responsabilizados quando provarem que não realizaram tratamento de dados pessoais no caso em questão; ou se provarem que realizaram tratamento, mas seguiram rigorosamente as regras da LGPD e regulamentos da ANPD; ou se provarem que o dano decorreu por culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

Caso não haja violação à LGPD ou o dano seja de culpa exclusiva de terceiros ou do titular dos dados, nenhum dos agentes será responsabilizado.

Segundo as doutrinadoras Gisela Sampaio e Rose Meireles, a LGPD adota a teoria subjetiva da responsabilidade civil, devendo haver prova da conduta culposa do agente de tratamento na ocasião do dano, por sua vez fundamentada na omissão de medidas de segurança para o tratamento adequado dos dados e no descumprimento das obrigações impostas na lei.

Para as autoras, o capítulo VI, artigos 46 a 54, da LGPD - que trata dos padrões de conduta a serem seguidos pelos agentes de tratamento de dados para a segurança, sigilo, boas práticas e governança de dados - seria também fundamento para o reconhecimento da responsabilidade subjetiva.

Em complementação ao entendimento das autoras, na análise das excludentes de responsabilidade do artigo 43, da LGPD, o inciso II indicaria a adoção de uma excludente tipicamente relacionada às hipóteses de responsabilidade civil subjetiva ao estatuir que só não serão responsabilizados se, ainda que exista o dano, não houver violação da legislação de proteção de dados.

A violação da lei, para as autoras, seria elemento subjetivo da obrigação de indenizar e indicaria a conduta culposa do agente de tratamento de dados.

Assim, não haverá obrigação de indenizar quando o agente de tratamento de dados tiver demonstrado que observou o padrão esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa.

Em resumo, sustentam as autoras que a LGPD adota a teoria subjetiva da responsabilidade civil, com base em duas brechas deixadas pelo legislador: a primeira no artigo 42, quando o legislador faz menção a medidas de segurança e a segunda no art. 43, II, quando o legislador estabelece excludente de ilicitude referente ao cumprimento das normas da LGPD.

Por fim, é possível concluir que a LGPD adota os dois regimes distintos de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

É o que ocorre no Código Civil, no qual convivem as cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva e objetiva, no Código de Defesa do Consumidor, e também na legislação trabalhista onde o empregador é o responsável pelos danos causados por seus empregados de forma objetiva, dependendo apenas da demonstração do dano e da relação com a empresa que causou o dano e o empregado responde de forma subjetiva, sendo necessária demonstração de dolo ou culpa.

Todavia é importante mencionar que a não qualificação do regime de forma explicita na lei pode deixar brechas para que os julgadores decidam de acordo com seu próprio entendimento, gerando assim enorme insegurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento das novas tecnologias que se baseiam em análise massiva de dados, a partir da inteligência artificial e da robótica, bem como diante de escândalos de vazamento de dados, potencializou-se os riscos de invasão da privacidade e intimidade das pessoas, despertando assim a necessidade de regulamentação no que se refere a proteção dos dados pessoais.

Ao dar início a pesquisa, relembrou-se que a LGPD é uma lei recente e por consequência muitas empresas ainda não estão em conformidade com ela, entretanto essa desconformidade das empresas principalmente no âmbito das relações de trabalho pode incorrer em responsabilização pelo uso indevido de dados, muitas vezes decorrentes de vícios no consentimento fornecido pelos empregados da empresa.

Diante da relevância desse assunto, tornou-se fundamental abordar o tema LGPD: a responsabilidade civil da empresa diante do vício de consentimento e o uso abusivo de dados na relação de emprego.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, pois conseguiu identificar tanto que a empresa pode ser responsabilizada civilmente diante do vício de consentimento e uso abusivo de dados na relação empregatícia, quanto os regimes de responsabilização adotados pela lei.

O objetivo inicial era abordar a LGPD e o uso de dados na relação de trabalho, tal objetivo foi atendido uma vez que não apenas abordou a Lei de proteção de dados na esfera trabalhista como também possibilitou identificar que a Lei não dispõe de capitulo voltado para o direito do trabalho, fazendo com que os juristas devam adaptar a nova Lei à outras normas legais, de acordo com o caso concreto.

O segundo objetivo especifico era tratar sobre o consentimento e os vícios de consentimento, tal finalidade foi alcançada visto que se tratou sobre o que é o consentimento; como ocorre; se é passível de revogação; e quanto ao vício, o que é; como ocorre, quais os seus efeitos. Além disso, tratou-se ainda dos cuidados que a empresa deve ter com os dados de seus empregados antes, durante e após a relação de emprego. Alcançar esse objetivo possibilitou identificar que quanto as relações de trabalho, principalmente na fase contratual, a base do consentimento pode não ser a mais adequada.

O terceiro e último objetivo era discutir a responsabilidade civil da empresa diante do vício explicando as responsabilidades subjetiva e objetiva. Tal objetivo foi conquistado, uma vez que, adequando a LGPD ao Código Civil identificou-se que a

empresa deve ser responsabilizada solidariamente na esfera civil em caso de vicio, bem como, por breve explanação do pensamento de doutrinadores, foi capaz de explicar os regimes de responsabilização.

Buscando encontrar resposta para saber se a empresa, diante do vício de consentimento e do uso abusivo de dados de seus empregados, responderá civilmente e para identificar o regime de responsabilidade, o artigo dispôs de pesquisa de natureza básica, com objetivos descritivos, por meio de uma abordagem qualitativa, metodologia dedutiva e procedimento bibliográfico, tendo como foco a legislação e a doutrina.

Apesar da LGPD não esclarecer o regime de responsabilização, se subjetiva ou objetiva atrelado ao fato de deixar uma lacuna quanto a responsabilização que deveria recair sob o encarregado e eventuais terceiros, é possível concluir que convivem na LGPD os dois regimes distintos de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Entretanto, é importante mencionar que a não qualificação do regime na lei pode deixar brechas para que os julgadores decidam de acordo com seu próprio entendimento, gerando assim enorme insegurança jurídica.

Em suma, a responsabilidade civil em matéria de dados pessoais é primordial para o equilíbrio das relações trabalhistas, sobretudo quando envolvida a tecnologia.

É fundamental que as empresas estejam adaptadas à LGPD.

Sabendo que cada empresa possui uma especificidade diferente, é importante que ocorra o engajamento de todas as áreas da empresa, principalmente os setores Jurídicos, Recursos Humanos e Tecnologia da Informação para que seja realizada uma análise inicial sobre como a LGPD irá impactar o negócio, além de levantar questões sobre como, porque e quais categorias de dados pessoais deverão ser tratados.

Faz-se necessário também que consigam comprovar tal adequação, bem como, espera- se que estejam sempre vigilantes, seja em relação aos seus fornecedores e prestadores de serviço, seja em relação aos seus próprios sistemas de segurança da informação.

Somente assim as empresas conseguirão se resguardar e mitigar os prejuízos advindos da responsabilidade prevista na LGPD.

REFERÊNCIAS

ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA: **uma introdução à lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF: CGU, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do trabalho, Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del5452.htm Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.474, 26 de agosto de2020**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2020/decreto/D10474.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 31 out. 2021.

BRASIL. **ISO/IEC 27001**, Tecnologia da informação. Técnicas de segurança. Sistemas de gestão de segurança da informação, 2006. Disponível em: https://www.pmgacademy.com/produto/curso-online-iso-27001-foundation-isfs/?utm_campaign=GoogleAds&utm_source=ISO27001Foundation&gclid=EAIaIQobChMI nIKa182V8wIVwYORCh0hGA9zEAAYASAAEgIzSvD_BwE Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 17 ago. 2021.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Decreto Presidencial nº 2.181**, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 01 nov. 2021.

FERRAREZ, Rodrigo. **Como descartar dados sensíveis e prevenir cibercrimes diante da LGPD?** Infor Channel**.** Disponível em: https://inforchannel.com.br/2020/11/16/como- descartar-dados-sensiveis-e-prevenir-cibercrimes-diante-da-lgpd/ Acesso em: 20 set. 2021.

FILHO, Rodolfo Pamplona e JUNIOR, Vicente Vasconcelos Coni. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos no Direito do Trabalho. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744> Acesso em: 30 out. 2021.

GARCIA, Lara Rocha. **Lei geral de proteção de dados (LGPD)**: guia de implementação. 1 ed., São Paulo: Blucher, 2020. Acesso em: 31 out. 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau, "Término do tratamento de dados", In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, Editora RT: São Paulo, 2019, p. 231. Acesso em: 2 de nov. 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega *et al*. **LGPD**: lei geral de proteção de dados pessoais comentada. 3 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Acesso em: 31 out. 2021.

MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD**: como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos. 1 ed., São Paulo: Atlas, 2020. Acesso em: 31 out. 2021.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de direito do consumidor**, v. 120, p. 555, 2018. Acesso em: 2 nov. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico Conciso**. 1. ed. Rio de janeiro: Editora Forense, 2008. 749p. Acesso em: 31 out. 2021.

SILVA, Patrick Lendl**. Fatos jurídicos**: teoria e prática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 261 p. Acesso em: 2 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679**. Bruxelas, Bélgica: Parlamento Europeu,2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679 Acesso em: 22 ago. 2021.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1. Acesso em: 2 nov. 2021.

A REBELIÃO DE ALCAÇUZ NO ANO DE 2017: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FOUCAULTIANAS ACERCA DO VIGIAR E PUNIR

Sarah Gurgel Lacerda[1]
Everton da Silva Rocha[2]

RESUMO

O presente artigo irá retratar sobre a rebelião ocorrida na Penitenciária de Alcaçuz no 2017. Não obstante, a análise irá ser acrescida de algumas considerações abordadas em ‘’Vigiar e Punir’’, obra de autoria do filósofo Michel Foucault. Abordar-se-á sobre as relações políticas de biopoder no âmbito prisional, além de demonstrar a falência dos entes estatais em manter o controle do estabelecimento penitenciário. Para mais, irá demonstrar-se a manifesta violação dos direitos fundamentais dos detentos no presídio.

Palavras-chave: Alcaçuz. Biopoder. Direitos. Falência.

THE ALCAÇUZ REBELLION IN THE YEAR 2017: SOME FOUCAULTIAN CONSIDERATIONS ABOUT SURVEILLANCE AND PUNISHMENT.

ABSTRACT

This article will portray the rebellion that took place in the Alcaçuz Penitentiary in 2017. However, the analysis will be added by some considerations addressed in 'Vigiar e Punir', authored by philosopher Michel Foucault. It will address the political relations of biopower in the prison sphere, in addition to demonstrating the failure of state entities to maintain control of the penitentiary establishment. Furthermore, the manifest violation of the prison inmates' fundamental rights will be demonstrated.

[1] Discente do oitavo período do curso do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: sarah_g_lacerda@hotmail.com
[2] Professor-orientador. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: heyshura@hotmail.com

Keywords: Alcaçuz. Biopower. Rights. Collapse.

1 INTRODUÇÃO

As relações de biopoder, isto é, a vinculação do poder com a sujeição dos corpos, faz-se presente em diversos âmbitos no corpo social. Com efeito, é possível verificar que esse biopoder, no sistema penitenciário, se ergue e se articula de maneira a manifestar diferentes táticas de manipulação, sejam elas, à título de exemplo, a docilização dos corpos e a disciplina.

Conquanto, o cenário prisional de Alcaçuz, no ano de sua rebelião em 2017, se revelou ser um espaço controverso aos ideais da biopolítica. Desta maneira, o objeto de estudo aqui contemplado será as razões e os desdobramentos da falência do modelo prisional de Alcaçuz.

Diversas problemáticas circundam esse colapso. A evidente negligência dos entes governamentais em manter o estabelecimento penitenciário em condições salubres e a incapacidade de manter o controle dos internos dentro da prisão se revelam motivos basilares para a revolta se desdobrar. Para mais, a depreciação dos Direitos Humanos engendrada por um Estado incapaz de resguardar os direitos fundamentais dos detentos também culminou no sentimento de revolta que acendeu a chama da rebelião.

O escopo do artigo visa transparecer a situação calamitosa em que se encontrava Alcaçuz, além de notabilizar um episódio que em nada se assemelha com um evento casual, mas sim com um massacre deliberado e anunciado, causado pela omissão dos órgãos responsáveis em garantir os Direitos Humanos.

2 A BIOPOLÍTICA E O SISTEMA PENITECIÁRIO:

Através da obra ‘’Vigiar e Punir’’, Foucault irá demonstrar a progressão das práticas de punição ao longo dos anos. Para que se chegue na criação do estabelecimento penitenciário, faz-se preciso compreender o que levou a civilização à prática do encarceramento.

No século XVIII, em um mundo pré-iluminista, o poder de punir se concentrava no castigo dos corpos, chamado de suplício. O suplício consistia na espetacularização

da dor, isto é, era o castigo do transgressor ministrado em espaços públicos.

A era dos suplícios foi demarcada pela imensa barbárie de um sistema punitivo desproporcional, desumano e devastador. Episódios com açoites, esquartejamentos, decapitações, queimaduras, mutilações, estrangulamentos, entre outras inúmeras práticas que levam o indivíduo à dor extrema, eram tidos como o meio no qual se pagaria os crimes cometidos.

Todavia, o suplício não consistia em um poderio desmedido, regido pela ira de um poder sem lei. Era, antes de tudo, uma técnica; uma ciência da dor. Para que a prática acontecesse, era preciso que se estudasse qual fora a natureza do crime e de que maneira a punição poderia se correlacionar a ele, em modo, intensidade e tempo de agonia. Desta maneira, estabelece-se um código jurídico da dor.

É como leciona Foucault (1975, p. 36 e 37):

> a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente a privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação - que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício - até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em 'mil mortes'

Cumpre destacar que o suplício deve também ser compreendido como um ritual político, cujas quais cerimônias eram vias de manifestação do poder. O crime, além do dano causado a sociedade, também atacava a figura do soberano, pois a lei era a extensão da vontade do soberano.

Portanto, a função jurídico-política do suplício se concentrava não só na economia do exemplo e na reparação do crime para a sociedade a para o soberano, mas também na política do medo, através da intimidação de um povo que se colocava em pensamentos no corpo do executado.

A biopolítica do suplício encontrava dinamismo na sujeição dos corpos castigados frente às relações de poder que o permeiam. A relação castigo- corpo tornar-se-ia um instrumento de contemplação do poder que tinha sob seu domínio a materialidade dos corpos e seus ânimos amedrontados. ‘’O suplício não reestabelecia a justiça, reativava o poder.’’ (FOUCAULT, 1975, p. 51).

Com a chegada do Iluminismo, no começo do século XIX, passa-se a encarar o corpo de maneira diversa. O corpo passou a não ser mais tocado, ou, se tocado, o

mínimo possível, com o espoco de atingir algo que não seja mais ele propriamente. A explicação dessa mudança se deu por questões multifatoriais, sejam elas a modificação do pensamento coletivo, que passou a rejeitar as atrocidades do suplício, ou seja pela mudança no jogo das pressões econômicas e pelo aumento das riquezas, que passou a não mais enxergar o castigo corporal como um bem acessível útil, e sim utilizar-se do tempo e da força dos indivíduos para gerar uma economia do poder punitivo.

Por conseguinte, é somente no fim do século XVIII e princípio do XIX que se dá a passagem da punição dos castigos corporais para a prisão. O bem a ser apropriado pelo poder torna-se o tempo e a disciplina dos indivíduos. Assim sendo, a biopolítica do sistema penitenciário passa promover a privação, docilização e submissão dos corpos. É como afirma Foucault (1975, p. 16): ''O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos.''

2.1 A DISCIPLINA

Segundo Foucault, para que o mecanismo da disciplina cumpra sua função, é preciso que haja a distribuição dos indivíduos no espaço. Desta maneira, é oportuno que seja posto em prática o princípio da localização imediata ou do ''quadriculamento''. Segundo este, deve-se ''evitar as distribuições por grupos; decompor as implantações coletivas; analisar as pluralidades confusas; maciças ou fugidias.'' (1975, p. 140).

Isto posto, é proveitoso que se crie, então, um espaço analítico. Este espaço disciplinar deve controlar a circulação difusa dos indivíduos para que não se torne um conglomerado inutilizável e instável. Para isso, saber como e onde encontrar os indivíduos e ter o poder de vigiar o comportamento de cada corpo singular, de forma a conhecê-lo e dominá-lo é essencial para qualquer espaço que se proponha a reger a disciplina.

Além disso, a disciplina também seria composta pelo controle minucioso do horário e pela elaboração temporal do ato, isto é, um ritmo coletivo e obrigatório da junção de indivíduos. Foucault chamará o agora exposto de uma ''espécie de esquema anátomo-cronológico do comportamento'' (1975, p. 149). O tempo, desta maneira, passa a ser uma arma de poder que atravessa o corpo dos indivíduos.

A disciplina é a arte do bom adestramento. Ela não prevê um poderio desmedido que se apropria dos corpos, e sim um poder que separa, organiza e analisa as singularidades dos corpos de maneira a formar uma massa útil e rentável.

2.2 OS CORPOS DÓCEIS

Conforme preconiza Foucault, no começo do século XIX, o corpo passa a constituir um meio em que o poder se opera, poder este que visa ‘’docilizar’’ ou ‘’tornar útil’’ os indivíduos. O corpo útil passa a ser aquele que se curva para a obediência; é submisso, operante.

O corpo passa a ser modelado, desta maneira, por um poder que o desenha; que o permeia. O corpo dócil é o corpo transformável, disciplinado, aquele que pode ser aperfeiçoado em prol do bom funcionamento das engrenagens de poder.

3 A PENITENCIÁRIA DE ALCAÇUZ E A REBELIÃO DE 2017

Para fins informativos, devido a escassa fonte de informações oficiais, as quais deveriam ser ofertadas pelo Estado do Rio Grande do Norte, o presente capítulo se propõe a utilizar os dados obtidos perante o Relatório de abril de 2017 do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), ente ramificado do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), instituído pela Lei Federal nº 12.847[3].

A Penitenciária Estadual Doutor Francisco Nogueira Fernandes (Alcaçuz) juntamente com a Penitenciária Rogério Coutinho Madruga, mais conhecida como o Pavilhão V de Alcaçuz, que, para fins do presente trabalho, serão igualmente referenciadas como Penitenciária de Alcaçuz, fica localizada no Povoado de Hortigranjeira, na Zona Rural de Nísia Floresta, Rio Grande do Norte, e constitui uma unidade prisional somente para detentos do sexo masculino condenados ou sob prisão preventiva em cumprimento de regime fechado.

Localizada a 25km da capital de Natal, a Penitenciária de Alcaçuz se situa em lugar de difícil acesso, cujo percurso é feito em estrada de terra em uma área de

[3] Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura- SNPCT, com o objetivo de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas.

dunas e com escassa iluminação pela noite.

A Penitenciária Estadual Doutor Francisco Nogueira Fernandes, projetada na década de 1980, ainda sem o Pavilhão V que seria construído em 2010, teve sua construção finalizada no ano de 1990. Existem diversos entendimentos divergentes no que diz respeito a sua capacidade máxima inicial e as possíveis alterações feitas para o aumento dessa capacidade ao longo dos anos. Segundo a SEJUC[4] (Secretaria de Justiça e Cidadania), no ano de 2017, a capacidade máxima era de 620 (seiscentos e vinte) detentos. Conquanto, o Poder Judiciário potiguar afirma que, até 2008, a capacidade era de 402 (quatrocentos e dois) detentos[5]. A justificativa da SEJUC se deu mediante o Decreto Estadual nº 20.382/2008, que supostamente teria aumentado o número para 620 vagas. Entretanto, faz-se preciso saber que o simples Decreto não possui o condão de alterar a estrutura física da prisão, que notadamente não presenciou o aumento no número de celas e camas.

No ano de 2010, no mesmo terreno e dentro dos muros da Penitenciária de Alcaçuz, foi construído o Pavilhão V. O Pavilhão foi construído com capacidade para 402 (quatrocentos e dois) presos. Porém, logo em seguida, o Pavilhão 5 foi interditado por conta de problemas estruturais, sendo somente reaberto em 2011 para receber os presos.

Dentro do contexto histórico das rebeliões vivenciadas em Alcaçuz, vale apontar que a revolta acontecida em 2017 foi fruto, sobretudo, da rebelião acontecida no ano de 2015. A evidente omissão das autoridade governamentais no resguardo dos direitos dos detentos, como fornecer assistência à saúde, à alimentação, condições sanitárias adequadas, oportunidade ao trabalho, entre outros, serviu como a chama necessária para acender o sentimento de revolta que levou ao motim de 2017. À exemplo disso, desde a rebelião de 2015, os espaços destinados à escola, à cozinha e oficinas restaram desativados.

A destruição dos pavilhões e a retirada das grades nas celas em 2015 foi uma situação que permaneceu inalterada até a rebelião de 2017. Logo, cumpre destacar que as inspeções prisionais mensais impostas pela Lei de Execução Penal e as inspeções trimestrais impostas pela Resolução CNMP nº 56/2010 se restringiam à área administrativa da penitenciária, tendo como justificativa a garantia da segurança dos

[4] Disponível em: http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/sejuc/Conteudo.asp?TRAN=lTEM&TARG=89234&ACT=&PAGE=O&PARM=&LBL=Uni dades+Prisionais.
[5] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Pedido de Providências. Processo nº 0101129- 47.2015.8.20.0145.

agentes penitenciários do Estado, que não circulavam dentro dos pavilhões devido à ausência das grades nas celas.

No que tange as condições em que se encontrava a Penitenciária de Alcaçuz antes da rebelião de 2017, salienta-se ainda que o Setor Médico, que possui a garantia da sua existência na Constituição Federal, servia como um pavilhão comum, sem qualquer atendimento médico. Desta maneira, o espaço destinado para resguardar a saúde dos presos funcionava somente para alojar os detentos.

O pavilhão V da estrutura prisional, que contava com portão de acesso próprio, feito de chapa de ferro, não dispunha de guarita de entrada. Ao passar pelo portão para então adentrar nas instalações do pavilhão, era possível verificar que de um lado havia a presença de uma fossa séptica a céu aberto, e do outro lado uma pilha de lixo decorrente da coleta. Ademais, complementa o Relatório:

> Diversos relatos apontam para o fato de que a problemática com a fossa séptica e com o lixo existe desde a inauguração dos pavilhões e que constantemente a fossa transborda, misturando-se com lixo. (2017, p. 38)

Haja vista o agora exposto, na tarde do dia 14 de janeiro de 2017, dá-se início ao maior massacre já visto dentro do sistema penitenciário norte-rio- grandense. Deflagrado por um conflito acirrado entre facções rivais, os detentos do Pavilhão IV e do Pavilhão V entram em um confronto que posteriormente iria resultar na morte oficial de 26 pessoas.

Após 12 horas de conflito sem intervenção estatal, já na manhã do dia 15, o Batalhão de Choque da Polícia Militar consegue ingressar em Alcaçuz e controlar, de forma precária, a rebelião, permitindo as autoridades governamentais que o confronto se prolongasse por mais 13 dias. Desta maneira, encerra-se o embate somente no dia 27 de janeiro de 2017, com a entrada da Força Tarefa do Departamento Penitenciário Nacional (FTDPN).

4 A RUÍNA DO MODELO PRISIONAL DE ALCAÇUZ

4.1 A PRESENÇA DAS FACÇÕES E A FALÊNCIA DO BIOPODER ESTATAL

Segundo Foucault, a prisão como meio jurídico-punitivo teria surgido com o

propósito de constituir um ‘’espaço entre dois mundos’’, sendo estes o do crime e o virtuoso. Seria, então, na prisão, que o condenado abandonaria uma vida corrompida e, por meio do trabalho em cárcere, teria a oportunidade de se tornar um ‘’homoeconomicus’’; um homem inserido no mundo da economia, de propósito e reformado.

Dessa forma, a prisão se tornaria uma instituição jurídico-política que teria como um de seus objetivos devolver ao Estado o indivíduo delinquente uma vez reformado e obediente. Conquanto, hodiernamente, esse ‘’espaço entre dois mundos’’ se esvaiu e permitiu que o mundo da criminalidade dominasse justo o lugar que se destinou a servir de degrau para o mundo dos adaptados.

A realidade enfrentada pelo sistema penitenciário brasileiro, em dias atuais, em muito difere daquela proposta nas letras da lei. A prisão idealizada com o escopo de devolver a sociedade um indivíduo reformado, na verdade, se tornou uma espécie de escola do crime.

A presença do crime organizado nas prisões, além de ser um atestado do aumento desgovernado da violência para além dos muros do estabelecimento penitenciário, surgiu como uma resposta às condições precárias fornecidas aos detentos. A desigualdade social e a fragilidade da estrutura prisional, conjuntamente com a constante violação dos direitos e garantias fundamentais dos presos, impulsionou e fortaleceu o avanço das chamadas facções criminosas.

Conforme Guaracy Mingardi, doutor em Ciência Política pela USP (Universidade de São Paulo), a facção criminosa seria um:

> grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território. (2015, p. 18)

Á vista disso, imersas na luta do narcotráfico e nas disputas por territórios, as facções criminosas se encontram espalhadas por todo o território brasileiro. Na Penitenciária de Alcaçuz, encontravam-se duas organizações criminosas rivais que, conforme o esperado, eclodiram a rebelião de 2017.

Separados por Pavilhões, o Primeiro Comando da Capital (PCC), organização de origem na cidade de São Paulo, e o Sindicato do Crime, organização norte-rio-grandense formada pelos dissidentes do PCC, assumiram todo o controle da Penitenciária de Alcaçuz, de forma a recrutar os novos detentos, cumpre salientar que de maneira obrigatória, para se tornarem membros da facção em troca de proteção.

Destarte, é possível observar que o biopoder estatal desocupou o espaço de controle dos corpos dentro da prisão e concedeu, por sua negligência, às associações criminosas. Estas, conforme traz o conceito de Mingardi supracitado, se encontram amplamente articuladas e hierarquizadas, de forma a criar arcabouços organizados e controladores. Desta maneira, o biopoder dentro dos muros da prisão passa a ser das facções.

Outro exemplo da falência do biopoder estatal se encontra na divisão das marmitas para os internos se alimentarem nos Pavilhões I, II, III e Setor Médico. Segundo o MNPCT, a distribuição das marmitas era gerenciada pelos detentos que ocupavam o Setor Médico (como afirmado anteriormente, o Setor Médico funcionava como um pavilhão comum), tendo em vista que possuíam as chaves dos pavilhões para adentrarem e entregarem a comida. (2017, p. 41). Fato este que se motiva pela não entrada dos agentes dentro dos Pavilhões, atentando para o conhecimento de que lá dentro não haviam celas e nem sequer controle dos presos custodiados. Cumpre destacar que após a entrada dos detentos para distribuir a comida, pouco se sabe se de fato havia uma distribuição, tornando o fornecimento obscuro e completamente fora do controle estatal.

Seguindo o mesmo raciocínio, é possível verificar a carência do biopoder estatal até mesmo quando se observa a distribuição espacial dos presos no estabelecimento prisional, dizimando qualquer tentativa de aplicação de disciplina:

> Diante da falta de divisão em celas, os detentos se organizam ocupando tanto as celas, como os corredores e halls dos pavilhões, onde chega a haver 50 presos, sem proteção adequada contra chuva e incidência solar. Instalou-se, assim, uma dinâmica calamitosa onde os espaços privilegiados, como as celas — tendo em vista que possuem banheiros — são tomados por determinadas pessoas de modo arbitrário e violento. Pela deliberada ausência do Estado, aplica-se a lei do mais forte para a distribuição espacial, favorecendo uma lógica de favores, compra, venda e extorsão para se ter um abrigo e acesso a um banheiro, por exemplo. (2017, MNPCT, p. 36)

Conforme o exposto, a ausência de grades nas celas também dificultou o

sistema de visitas pessoais dos detentos. Para que ocorresse as visitações, era preciso que os familiares e entes queridos dos internos adentrassem os pavilhões e lá ficassem, sem qualquer acompanhamento ou supervisão dos agentes penitenciários. Segundo o Mecanismo Nacional:

> Existem relatos de que para pagar dívidas, os detentos venderiam o seu direito de visita, permitindo que outras pessoas que não são ligadas a ela adentrem na unidade. Neste sentido, práticas de extorsão, de exploração sexual e outras violações podem estar ocorrendo, sem que a SEJUC ou a administração da unidade tenha conhecimento para poder coibir tais práticas. (2017, p. 52)

Tal relato demonstra mais uma vez o fracasso do Estado em manter controle sobre a vivência dentro do estabelecimento penitenciário, que restou dirigido e comandado pelos próprios detentos.

Entretanto, é importante destacar que, na Penitenciaria de Alcaçuz, a biopolítica estatal se encontrava mitigada. O biopoder analisado por Foucault na obra de ''Vigiar e Punir'', na verdade, nunca chegou a ser plenamente praticado. Para que as engrenagens do poder funcionassem, seria preciso que os corpos tivessem passado por um processo de disciplinarização e docilização, requisitos estes que talvez nunca foram vistos na história do estabelecimento prisional.

Portanto, é possível verificar que, no ano da rebelião, Alcaçuz era um conglomerado de indivíduos que respondiam uns aos outros, e não ao Estado. A disciplina, responsável por decompor as implantações coletivas, vigiar os detentos, controlar os horários e analisar os comportamentos singulares, não era aplicada. À exemplo disso, os pavilhões da prisão eram comandados pelos próprios detentos, tendo em vista que desde 2015 não haviam grades nas celas, impedindo os agentes penitenciários de exercerem controle na área.

4.2 A PERDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Previsto na Constituição Federal de 1988, é um direito do preso que, mesmo privado de sua liberdade, tenha a garantia da preservação de sua integridade física e moral. Isto é, muito embora o poder punitivo tenha a legitimidade de encarcera-lo de maneira a fazê-lo responder pelo seu crime, necessita-se também que se haja a manutenção e o cuidado de assegurar ao detento seus direitos fundamentais

intrínsecos a sua existência.

> 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:
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
> (BRASIL, 1988)

Na compreensão de direitos fundamentais, sem distinção daqueles em cárcere e daqueles em liberdade, pode-se compreender uma ampla ramificação, abrangendo os direitos à saúde, à higiene, à alimentação adequada, ao trabalho, entre outros. Conquanto, Alcaçuz, no ano de sua rebelião, se mostrava como o protótipo da falência de um Estado que era incapaz de fornecer um ambiente salubre e minimamente habitável aos encarcerados, que, diante do caos penitenciário, cumpriam uma pena desumana e desproporcional daquela que preconiza o Código Penal e a Carta Maior.

À exemplo disso, é como demonstra os próprios detentos do estabelecimento em uma reportagem fornecida ao público pelo Conexão Repórter dois meses após a rebelião:

> REPÓRTER: Bom dia pessoa, Roberto Cabrini. Como é que vocês descrevem as condições aí dentro? [na cela]. É a oportunidade que vocês têm de falar.
> DETENTO 1: Lotação aí, senhor! É péssima senhor, muita lotação. Tem nem como nós dormir direito, muita muriçoca. Calor, senhor, calor!
> DETENTO 2: Uma cela que só cabe oito, dorme dois por cada pedra.
> DETENTO 3: Mosquito, coceira, suor.

A superlotação na Penitenciária de Alcaçuz era uma realidade anunciada muito antes da chama da rebelião ser acesa. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da plataforma ‘’Sistema Prisional em Números’’, a Penitenciária de Alcaçuz, no primeiro trimestre de 2017, ano em que a rebelião acontecera, a ocupação era de 1294 pessoas, enquanto a capacidade era de apenas 620 pessoas. Dessa forma, a taxa de ocupação superava no valor 208,71% (duzentos e oito vírgula setenta e um porcento).

Já segundo o Relatório do MNPCT, alguns meses após a rebelião de 2017, o Pavilhão V ainda encontrava duas de suas galerias inativadas, devido a reformas de infraestrutura. Desta maneira, os 466 presos no momento ocupavam apenas as duas galerias restantes, resultando em uma superlotação de índice maior que o dobro, restando 17 internos em

uma cela que havia sido projetada para caber 8. Após a saída do Mecanismo, a SEJUC e a FTIP (Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária) realocaram os internos dos Pavilhões I, II e III no Pavilhão V, devido a reformas, permitindo que 1300 presos ocupassem o espaço destinado para 402 pessoas. Após esse arranjo, a superlotação ficou de 32 pessoas para uma cela que seguiu cabendo 8 pessoas. (2017, p. 39)

No que tange a alimentação, os detentos se alimentavam em cima de blocos de pedra, que eram para ser suas camas, ou no chão. Cumpre salientar que comiam com as mãos, tendo em vista que não tinham talheres (MNPCT, 2017, p. 40). Muito embora o Governo do Estado possuísse um contrato com uma empresa terceirizada que fornecia os alimentos, a PJ Refeições Coletivas Ltda., os detentos se queixavam ser a comida insuficiente, apesar de, segundo a CONDEGE (Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais), cada quentinha na época custar R$25,00 (vinte e cinco reais). (2017, p. 33)

Para mais, havia-se em Alcaçuz uma fragilidade documental intolerável. Em concordância com a direção do estabelecimento, dos 836 presos distribuídos pelos Pavilhões I, II, III e Setor Médico, 365 não tinham guia de recolhimento da execução de pena. Com isso pode-se dizer que a penitenciária não tinha conhecimento de quanto tempo 44% dos internos deveriam cumprir. Notoriamente, isso revela uma afronta contra o Artigo 107 da LEP (Lei de Execução Penal), que afirma: "Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.". (MNPCT, 2017, p. 43)

Diante disto, resta claro que a fragilidade documental dificultava o cálculo de pena para progressão de regime, coibindo a individualização da pena e impossibilitando que o detento se beneficie da remição de pena pelo trabalho, educação e leitura.

Relativo aos procedimentos internos, cumpre destacar a presença do GTO (Grupo Tático Operacional) da Polícia Militar, que frequentemente fazia vistorias e contenção de conflitos na Penitenciária. Procedimentos disciplinares eram instalados contra os presos quando se era encontrado matérias ilícitos durantes as revistas, entretanto, ao em vez de garantir aos presos o direito constitucional ao devido processo legal, os procedimentos eram realizados sem garantia da ampla defesa e contraditório, sem a presença de advogado ou defensor público, sem oportunidade de produzir provas e chamar testemunhas. (MNPCT, 2017, p. 46).

Isto é, o detento teria uma falta disciplinar grave somada em seu prontuário e teria seu direito de defesa tolhido pela inobservância de uma administração penal incapaz de conduzir o estabelecimento conforme ordena a Constituição Federal.

A presença da FTIP também demonstrava controversas. A falência do Estado em disciplinar os corpos, fato este que facilitou e impulsionou a rebelião de 2017, seguiu de uma forte resposta repressiva e vexatória com o escopo de tentar obter algum controle sobre a prisão e seus detentos. Conforme evidencia o Mecanismo Nacional, os padrões adotados pela Força-Tarefa nos comandos de voz no Pavilhão V eram excessivamente rígidos, além de instaurar um processo de obediência irrestrita ao comando dado. ''Presos só podiam falar, levantar-se, ou levantar a cabeça mediante a autorização dos agentes penitenciários da Força-Tarefa'' (2017, p. 47)

Com isto, é possível verificar que a política de contenção de Alcaçuz era banhada em medo e em constante estado de tensão e estresse dos presos. Há de se assemelhar aqui essas práticas punitivas a uma lógica torturante, cruel e desumana, características reprovadas e coibidas por todo o arcabouço legal.

No que diz respeito à saúde, em março de 2017 Alcaçuz contou com um mutirão de atendimento médico. Nele, pode-se verificar que, de 1.303 presos atendidos individualmente, houveram 994 prescrições de medicamentos. Melhor dizendo, 76% (setenta e seis porcento) dos atendidos necessitaram de medicação. (MNPCT, 2017, p. 49). O índice alto de indivíduos que precisaram de auxílio farmacológico demonstra, mais uma vez, a ausência de um Estado incumbido de resguardar os direitos dos presos. Notadamente, é possível afirmar que as condições insalubres, no que tange a estrutura da penitenciária, em muito contribuíram para o aparecimento de enfermidade.

Em concordância com o acima exposto, revela-se que as condições gerais do estabelecimento penitenciário se encontravam totalmente deterioradas:

> As condições das celas e pavilhões são bastante insalubres, com acúmulo de sujeira decorrente da danificação da estrutura física, restos de alimentos e dejetos humanos não evacuados pelo esgotamento sanitário — devido ao racionamento de água. Assim, propicia-se a proliferação de doenças e sério comprometimento à saúde. Fiações expostas e arranjo elétricos perigosos prejudicam ainda mais a segurança das pessoas, o que piora nos períodos de chuva. O contexto infraestrutural de vida cotidiana expõe os presos a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, com condições bastante propícias à tortura. (MNPCT, 2017, p. 36)

Ademais, no mutirão de atendimento médico mencionado agora a pouco, foram encontradas 119 pessoas sofrendo de doenças infectocontagiosas: ‘’67 pessoas tinham tuberculose, 32 sífilis, 12 com HIV/AIDS e oito tinham hepatite, segundo informações divulgadas pela DEPEN’’ (MNPCT, 2017, p. 49). Cumpre dizer que todas essas pessoas estavam sem nenhum tipo de tratamento, situação esta que configura um quadro manifestamente desumano e irresponsável.

A ausência de auxílio psicossocial também demonstra ser uma realidade intolerável. Na época da visita do Mecanismo Nacional em abril, não era possível encontrar fluxo de detentos para a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), por meio do encaminhamento dos detentos para atendimento no Centro de Assistência Psicossocial (CAPS).

> Durante a visita, a equipe do Mecanismo Nacional pôde evidenciar como as pessoas privadas de liberdade estavam abaladas e muitas a apresentavam graves manifestações de sofrimento psíquico, estando muitas em estado de choque e traumatizadas, após a rebelião de janeiro de 2017. Os detentos demonstravam tremores agudos, pavor, ansiedade, insônia e falta de apetite após o ocorrido. (2017, p. 49)

Com isso, instala-se um cenário de negligência emocional com um grupo de pessoas que já se encontravam em estado de extrema vulnerabilidade, seja pelas condições degradantes que lhes são impostas ou seja pelos traumas supervenientes da rebelião. A negativa do direito de ser assistido psicossocialmente fortalece um modo de punir diverso daquele escrito, proposto e aceito por todo o corpo social. Tal narrativa remete-se à afirmação de Foucault: ‘’A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo.’’ (1975, p. 33). A alma do detento, estado permanente do ser, atormentada pelo que te circunda e sem ter as vias para que se cure.

Irrefutavelmente, Alcaçuz era a demonstração perfeita da violação dos direitos humanos. Submetidos a condições semelhantes à tortura, os detentos respondiam pelos seus crimes de maneira absurdamente desproporcional daquilo estabelecido pela lei.

Em uma terra sem lei, verifica-se que a punição em muito se assemelha com a aplicação de um poder desmedido e injusto. O arcabouço penal foi construído justamente para que se evitasse a aplicação de regras desiguais e desarmoniosas, de maneira a coibir os castigos corporais que levavam o indivíduo a uma condição de

miserabilidade.

Não obstante, pode-se verificar que fazer morada em espaço semelhante a um esgoto, repleto de dejetos humanos, isto é, urina e fezes, lixos e despejos, é um atestado de falência de um Estado incapaz de cumprir com seu dever de seguir os ditames da Constituição. É, sobretudo, um atestado de violação dos Direitos Humanos.

Conclui-se o presente capítulo com a elucidação de Rogério Grecco a respeito da relação do poder de punir com a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos:

> [...] por mais que o Estado tenha o poder/dever (ou, melhor, o dever/poder) de fazer valer o seu ius puniendi, este deverá ser levado a efeito preservando-se, sempre, os direitos inerentes à pessoa, que não cederam em virtude da prática da infração penal. Assim, por exemplo, se alguém for condenado a uma pena de privação de liberdade por ter praticado determinado crime, somente esse direito é que será limitado através do ius puniendi, vale dizer, o direito de ir, vir e permanecer aonde bem entender. Os demais, a exemplo da sua dignidade, intimidade, honra, integridade física e moral etc., devem ser preservados a todo custo. (2015, p. 6)

4.3 A AUSÊNCIA DE ISOLAMENTO

O surgimento da prisão traz consigo como um dos pilares centrais o isolamento. Faz-se preciso que o indivíduo o qual responde com sua liberdade seja afastado do coletivo e do mundo exterior, de forma a neutralizar os impulsos que o fizeram cometer o ato delito, bem como afastá-lo das cumplicidades que facilitaram o acometimento; isto é, manter os grandes grupos de detentos longe uns dos outros.

Desta maneira, a ausência de isolamento coíbe o desempenho do biopoder que, para que encontre sua plena realização, necessita separar os corpos, analisa-los em suas singularidades e disciplina-los para agir conforme o melhor funcionamento do estabelecimento prisional.

A Penitenciária de Alcaçuz, no ano de sua rebelião, se mostrava, na verdade, ser uma célula unificada e maciça de criminosos no seio de um coletivo. Um conjunto de impulsos agitados, fortalecidos e articulados, que em nada se assimila com singularidades isoladas.

Basta ver que a organização institucional de toda a Penitenciária se pautava na divisão de grupos criminosos, isto é, das facções criminosas. Como demonstra o

Relatório do MNPCT, antes da eclosão da rebelião de 2017, a administração do estabelecimento colocava os membros do Sindicato do Crime nos Pavilhões I, II e IV, enquanto os membros do PCC se encontravam no Pavilhão V. Os demais detentos que não haviam ligação com os grupos de crime organizado ficavam no Pavilhão III ou no Setor Médico (2017, p. 41). Deste modo, vale destacar que tal disposição fere o Artigo 5º da LEP, que preconiza: ‘’os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.’’.

É como cita Foucault (1808 apud *code d’instruction criminelle*, p. 244)

> Como a lei inflige penas umas mais graves que outras, não pode permitir que o indivíduo condenado a penas leves se encontre preso no mesmo local que o criminoso condenado a penas mais graves [...]; se a pena infligida pela tem como objetivo principal a reparação do crime, ela pretende também que o culpado se emende.

Portanto, cumpre destacar que um dos motivos basilares para a falência da Penitenciária de Alcaçuz foi a desorganização espacial em que se encontrava a prisão e a facilitação que isto ocasionou para que os detentos pudessem se articular e dominar o estabelecimento.

4.4 A ESCASSA PRESENÇA DA RESSOCIALIZAÇÃO:

Ao discorrer sobre a prisão modelo de Walnut Street, aberta em 1790 na Filadélfia, Foucault aborda que, além da necessidade de se controlar minuciosamente o dia e os afazeres dos detentos, haveria também a necessidade de se reformar a alma e a moral do delinquente. A prisão, desta maneira, deveria ocupar o papel de modificador de espíritos. (1975, p. 123)

Esse pensamento se comunica, hodiernamente, com o princípio da ressocialização, princípio este que rege o modelo prisional brasileiro, tendo em vista o seu caráter reformativo.

É como apregoa a LEP:

> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Em um Estado Democrático de Direito, que atribui valor exorbitante ao

princípio da dignidade humana, pode-se observar que, diante de tudo o quanto exposto, a ressocialização do preso em Alcaçuz se encontra em uma dimensão ainda muito distante daquela almejada. Em um espaço calamitoso, insalubre e cruel, é inexigível e inesperado que o indivíduo ali exposto conseguirá se desvincular dos impulsos que o colocaram dentro das paredes da prisão. De maneira controversa, com muito pesar, é mais compreensível que o sujeito saia do estabelecimento penitenciário com suas pulsões mais fortalecidas e mais suscetível a cometer novos crimes.

Isto se deve, em suma, não só às condições humilhantes em que os detentos eram obrigados a viver, mas, especialmente, à ausência do trabalho e da oportunidade de educar-se.

Segundo o Relatório do MNPCT, somente 73 presos alocados no Setor Médico tinham oportunidade de trabalho, enquanto os demais dos outros pavilhões não possuíam sequer uma chance. (2017, p. 50). Cumpre ressalvar que, não ofertando trabalho, os presos, além de não rumarem nos preceitos da ressocialização, também não podiam contar o instituto da remissão de pena.

No que tange a educação, ainda conforme o Relatório, em nenhum dos pavilhões havia a presença de atividades educativas. Não havia sequer professores e profissionais responsáveis pela pedagogia. (2017, p. 51).

É indiscutível que a educação é um dos pilares fomentadores da cidadania. O educar não se restringe a transmissão de conhecimentos teóricos e no ensinamento de disciplinas curriculares. O educar encontra realização na arte de aperfeiçoar-se, de ofertar espaço aos indivíduos para que consigam viver em comunidade e para que tenham a oportunidade de se desenvolverem e estarem aptos a trilharem seus próprios caminhos.

Era possível verificar uma debilidade significativa no que concerne o registro da base educacional dos presos, donde não se tinha a documentação do grau de escolaridade de 436 internos. Ademais, pode-se verificar que, relativo aos demais presos, 93% (noventa e três porcento) não haviam sequer completado o ensino fundamental, sendo muitos analfabetos. (MNPCT, 2017, p. 51)

A educação abre as portas que muitas pessoas em Alcaçuz não visualizaram. Resta evidente, diante do elevado índice da população carcerária não escolarizada, que a ausência de educação facilitou a entrada de muitos indivíduos no

estabelecimento penitenciário. A perpetuação da falência do Estado em ofertar a educação também para dentro da prisão alimenta um sistema desumano e desigual, retirando dos detentos a chance de se ressocializarem e melhorarem de vida.

Ainda conforme preceitua a LEP:

> Art. 10: a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Não obstante, pode-se observar que o Estado ao em vez de prevenir o crime acaba que, por sua negligência, fomenta-o, e, ao em vez de promover o retorno à convivência em sociedade, perturba o detento com as vias degradantes de sobrevivência ofertadas. O princípio da ressocialização é aniquilado pelo próprio ente que deveria resguarda-lo.

> Quando se vê assim, exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele [o detento] entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça. (GRECO, 2015 apud FOUCAULT, 1975, p. 222)

Portanto, conclui-se que ao em vez de devolver o indivíduo à liberdade e ao mundo dos adaptados, a prisão de Alcaçuz detinha o potencial de criar e espalhar na população delinquentes ainda mais perigosos.

5 CONCLUSÃO

Dessarte, é possível concluir que o caráter supliciante das penas abordadas no começo do presente artigo em muito se assemelha, décadas depois, ao que se ocorreu na rebelião da Penitenciária de Alcaçuz em 2017. O processo de disciplinarização e docilização dos corpos não encontrava vigência no caos em que se mantinha a prisão em questão. Isto é, o biopoder estatal se encontrava extremamente debilitado, não possuindo o fulgor necessário para manter o controle sobre os corpos da prisão.

Para mais, resta evidenciado que o Estado e os entes responsáveis pela manutenção da penitenciária falharam e, de certa forma, contribuíram para a eclosão da rebelião. Com efeito, a ausência de isolamento resultou na junção de impulsos fortalecidos que formaram conglomerados de guerrilha articulados e prontos para o

embate. A constante violação dos Direitos Humanos demonstram ser mais um dos motivos que evidenciam a falência do biopoder estatal, deverasmente incapaz de seguir as ordens legais.

A rebelião de Alcaçuz traduz-se quando Foucault traz em seu livro a afirmação: ‘’trata-se bem de uma revolta, ao nível dos corpos, contra o próprio corpo da prisão.’’ (1975, p. 33). Dito isto, finaliza-se com a premissa de que o motim de 2017, vivenciado na Penitenciaria Estadual Doutor Francisco Nogueira Fernandes e Rogério Coutinho Madruga, foi resultado de uma insubmissão dos corpos frente a política falida e precária que deveria garantir o controle e a disciplina dos detentos, além de fornecer os direitos intrínsecos a qualquer individuo brasileiro, seja ela apenado ou não.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

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

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Apud MINGARDI, Guaracy. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 4 nov. 2021.

O INFERNO de Alcaçuz. [Rio Grande do Norte]: Conexão Repórter. Entrevista concedida a Roberto Cabrini. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6Ih9en77CRE&t=264s>. Acesso em: 4 set. 2021.

CONDEGE. Programa Defensoria Sem Fronteiras. **"Diagnóstico sobre o Sistema de Justiça Criminal e Sistema Prisional - Relatório Final - Rio Grande do Norte"**.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional:** colapso atual e soluções alternativas. 2 ed. rev., ampl. e atual.- Niterói, Rj: lmpetus, 2015.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

LIMA, Josias. A finalidade da pena como ressocialização. **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <https://josiaslima.jusbrasil.com.br/artigos/309394442/a- finalidade-da-pena-como-ressocializacao>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MATERNIDADE EM CÁRCERE: UM ESTUDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ACERCA DAS MÃES RECLUSAS

Maria Paula de Melo Brandão[1]
Luiz Eduardo Marinho[2]

RESUMO

Os problemas do sistema carcerário brasileiro são de repercussão mundial, tendo em vista os inúmeros direitos violados nos estabelecimentos destinados a punir àqueles que infringem as normas estabelecidas para manter a ordem social. No que concerne ao cárcere feminino, percebe-se que a vida das mulheres em privação de liberdade em um ambiente estruturalmente degradante, é intensificado pela falta de políticas públicas voltadas a garantir um suporte que atenda as necessidade da mulher, reforçando, no sistema penal, os mecanismos de seletividade e opressão social experimentados pelas mulheres desde as origens da convivência em comunidade. A situação no interior dos presídios femininos torna-se ainda mais perversa quando envolve a maternidade. Desse modo, a presente pesquisa tem como objetivo estudar a legislação acerca da problemática da maternidade em cárcere. O presente trabalho é definido como uma pesquisa acadêmica descritiva, de cunho bibliográfico e documental, que busca descrever o fenômeno abordado utilizando como técnica a pesquisa em documentos positivados, principalmente, pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim como os internacionais.

Palavras-chave: Maternidade. Cárcere. Sistema prisional feminino brasileiro. Mulher. Criminalidade feminina. Legislação.

MATERNITY IN PRISON: A STUDY OF THE LEGAL ORDINANCE ABOUT INCLUDED MOTHERS

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: mariapaulamb@outlook.com
[2] Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: lulucamarinho73@gmail.com

ABSTRACT

The problems of the Brazilian prison system have worldwide repercussion, given the numerous rights violated in establishments designed to punish those who violate the rules established to maintain social order. With regard to female prison, it is clear that the life of women deprived of liberty in a structurally degrading environment is intensified by the lack of public policies aimed at ensuring support that meets the needs of women, reinforcing, in the penal system, the mechanisms of selectivity and social oppression experienced by women since the origins of living in community. The situation inside women's prisons becomes even more perverse when it involves motherhood. Thus, this research aims to study the legislation on the issue of maternity in prison.The present paper is defined as a descriptive academic research, of bibliographic and documentary nature, which seeks to describe the phenomenon approached using as a technique the research in documents supported, mainly, by the Brazilian legal system, as well as the international ones.

Keywords: Maternity. Prison. Brazilian female prison system. Woman. Female crime. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

A problemática do sistema penitenciário brasileiro é mundialmente conhecida, não apenas pela sua situação de falência, gerada pela superlotação, má gestão, presença das facções criminosas, estabelecimentos em estado degradante, mas principalmente pela excessiva violação aos direitos humanos, com restrições nutricionais, materiais e de salubridade, reflexo do caráter punitivo do Estado e de uma sociedade repressiva, que busca devolver ao infrator o dano causado aos cidadãos.

No que se refere ao cárcere feminino, é possível observar que os mecanismos de opressão e marcadores sociais de seletividade se repetem no sistema penal em relação à mulheres presas. De acordo com dados do Infopen Mulheres, em 2017 a grande maioria das mulheres privadas de liberdade são jovens (47,33%), pretas e pardas (63,55%), mães (79,3%), solteiras (58,55%) e de insólita

escolaridade (62,4%).

De acordo com informações apresentadas pelo *World Female Imprisonment List*, revista internacional que discorre acerca da conjuntura do encarceramento feminino mundial, a quantidade de mulheres em privação de liberdade no mundo alcança a marca de 714 mil pessoas, o que perfaz o crescimento de 53% desde os anos 2000. E mais, ainda segundo as pesquisas divulgadas na referida lista, o quadro da criminalidade feminina torna-se ainda mais crítico no Brasil, haja vista o índice de crescimento das mulheres em cárcere ter aumentado uma média de 5,4 vezes em relação aos dados dos anos 2000.

Apesar desse aumento alarmante no número de presas, das mazelas inerentes à vida em cárcere e das mais intensas formas de violação de inúmeros direitos fundamentais, pouco se é debatido no tocante aos desafios excepcionais enfrentados pelas mulheres em situação de privação de liberdade, haja vista o enquadramento delas em um cenário de encarceramento pensado, à priori, para atender tão somente a transgressores masculinos.

Na obra *"Presos que menstruam: a situação das mulheres nas prisões brasileiras"*, da escritora e jornalista Nana Queiroz, expõe no prefácio:

> É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças. É pelas gestantes, os bebês nascidos no chão das cadeias e as lésbicas que não podem receber visitas de suas esposas e filhos que temos que lembrar que alguns desses presos, sim, menstruam.

A situação no interior dos presídios femininos torna-se ainda mais perversa quando envolve a maternidade. As instituições, assim como as próprias práticas penitenciárias, desrespeitam as particularidades da condição feminina, não levando em consideração as especificidades inerentes ao gênero, o que representa, para essas mulheres, uma experiência potencialmente dramática. Durante a gestação, além dos mais variados problemas, também não é oferecida estrutura apropriada nem assistência médica especializada, proporcionando uma má execução dos tratamentos especiais assegurados pela legislação para propiciar uma gravidez saudável.

A problemática é ainda mais alarmante após o nascimento dos filhos, pois se transfere as dificuldades para um terceiro, criando uma situação de condenação extensiva, violando o princípio constitucional da personalidade da pena. De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, até 2016, apenas 14% dos presídios femininos contam com berçário e/ou centro de referência

materno-infantil, podendo receber até 467 bebês. Em todo o país, só 3% dos presídios declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos. Consoante Lewandowski, ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, justificando o seu voto a favor do Habeas Corpus coletivo concedido a grávidas e mães presas provisórias:

> Temos mais de 2 mil pequenos brasileirinhos que estão atrás das grades com suas mães, sofrendo indevidamente, contra o que dispõe a Constituição, as agruras do cárcere.

A presidente da Comissão de Defesa da Mulher Encarcerada, Lívia Magalhães, defendeu que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal deu vizibilidade para a situação das mães no sistema carcerário brasileiro:

> Antes desse Habeas Corpus, não se discutia sobre o assunto de mães nas prisões do Brasil. E quando a gente pensa em gestação e maternidade é bem complicado porque acaba refletindo na criança dentro do cárcere. Esse é um tema que deve ser discutido até para que a sociedade entenda que são assuntos muito delicados.

Apesar das normas gerais, documentos internacionais, princípios norteadores e leis específicas, é explícita a violação aos direitos e garantias às mulheres no sistema prisional. Desta forma, é mister abordar as peculiaridades dos presídios femininos brasileiros.

Ante o exposto, o presente estudo visa apresentar uma análise a respeito da forma com que o ordenamento jurídico brasileiro aborda a maternidade exercida neste contexto, refletindo acerca das violações ocorridas aos direitos e garantias das mulheres gestantes e lactantes reclusas, além das condições a que são submetidas, ficando tanto as mães quanto os filhos, à míngua da sociedade.

Inicialmente, será analisada a criminalidade feminina em uma conjuntura histórica, com o surgimento dos primeiros presídios, demonstrando o crescimento da criminalidade feminina.

Posteriormente, será exposto o fenômeno da maternidade em cárcere, realidade preocupante no que tange aos princípios basilares da Execução Penal, da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 5º e da Constituição Federal de 1988, ao assegurar que todos devem ser tratados de forma igual e digna.

Por fim, analisar-se-á essa realidade sob a ótica do Estatuto da Criança e do

Adolescente, bem como o comportamento do cenário internacional ante aos obstáculos enfrentados pelas mulheres mães apenadas, ocasionado pelas circunstâncias e limitações impostas no ambiente prisional.

2. O HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE FEMININA BRASILEIRA

Na origem da formação da sociedade, a mulher sempre ocupou um local de submissão ao homem em todos os contextos sociais. Ela era vista tão somente como cuidadora do lar e responsável pela educação dos filhos, sempre em posição de obediência .

No contexto social da mulher na antiguidade, a sua imagem não era relacionada ao crime. Quando abordava-se as condutas ilícitas praticada pelas mulheres, tratava-se basicamente de condutas relacionadas à bruxaria, cura e atividades religiosas diversa daquela permitida a época

> A "caça às bruxas" durou mais de quatro séculos e ocorreu principalmente na Europa, iniciando-se, de fato, em 1450 e tendo seu fim somente por voltade 1750, com a ascensão do Iluminismo. A "caça às bruxas" admitiudiferentes formas, dependendo das regiões em que ocorreu, porém, não perdeu sua característica principal: uma massiva campanha judicial realizada pela Igreja e pela classe dominante contra as mulheres da população rural (EHRENREICH & ENGLISH, 1984). Essa campanha foi assumida tanto pela Igreja Católica, como pela Protestante e até pelo próprioEstado, tendo um significado religioso, político e sexual. Estima-se que aproximadamente 9 milhões de pessoas foram acusadas, julgadas e mortasneste período, onde mais de 80% eram mulheres, incluindo crianças e moças que haviam "herdado este mal" (MENSCHIK, 1977).

Ainda nesse sentido, no intuito de estudar o perfil da mulher criminosa, os autores do livro "La Donna Delinquente, La Prostituta e La Donna Normale", Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, foram um dos primeiros estudiosos que se dedicaram a abordar essa problemática.

As análises realizadas por Lombroso e Ferrero carregavam julgamentos e observações repletos de um discurso com nuances sexistas. Para eles, a mulher tornava-se criminosa por disturbios mentais, pois, àquela época, ao desviar da curva do comportamento socialmente esperado de uma mulher, por primeiro, ela buscaria o caminho da prostituição e, apenas em casos de problemas psiquicos, as mulheres ingressariam no mundo da criminalidade.

Em contrapartida ao ponderado por Lombroso em seus estudos acerca da criminologia, o historiador e cientista político brasileiro Boris Fausto aponta que a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres, seja na esfera familiar, seja no mercado de trabalho, reforça a problemática da criminalidade feminina, pois, a partir do momento que as mulheres ocupam ambientes além do contexto privado de suas famílias, elas se tornam mais propícias a cederem à delinquência.

Assim, com o desenvolvimento da sociedade, bem como com a ascensão do movimento feminista, a mulher deixou de conviver exclusivamente em seu âmbito familiar e ingressou no mercado de trabalho, transformando, por consequência, o seu cenário também no mundo do crime.

3. O SURGIMENTO DOS PRESÍDIOS FEMININOS.

Em nosso país, tem-se em meados do século XIX os primeiros casos de mulheres em situação de cárcere. Eram elas negras, escravas, que ficavam detidas nas "prisões" dos navios negreiros. Após isso, ante as inúmeras transformações vivenciadas na conjuntura social no que diz a respeito à maior participação feminina no crime, manifestou-se necessário a existência de espaços destinados a abrigar as mulheres encarceradas.

Entretanto, não obstante a isso, mesmo com o aumento do índice da criminalidade entre as mulheres, o Estado manteve-se omisso ao não buscar soluções suficientes para deslindar os transtornos advindos do, até então, recém contexto vivenciado, porquanto, para o governo, a dificuldade enfrentada pelas mulheres no cárcere deveria ser protelada em face das tribulações suportadas pelos homens encarcerados.

Tem-se, em 1984, a primeira legislação que versava sobre os direitos das mulheres encarceradas. A Lei nº 7210 de Execução Penal passou a garantir a população carcerária feminina os mesmos direitos legais acautelado aos homens.

Além disso, o início do Era Vargas no Brasil foi de suma importância no que tange aos direitos das aprisionadas, dado a construção ativa e intensa de leis que preenchessem lacunas legislativas existentes no nosso ordenamento jurídico. Com isso, criou-se o Código Penal Brasileiro de 1940, cujo em seu texto, discorre sobre,

dentre outras coisas, mais especificamente no artigo 29, parágrafo 2º[3] sobre a necessidade da mulher cumprir a sua pena em local apropriado, devendo apenas em *ultima ratio*, utilizar-se os estabelecimentos prisionais mistos para abriga-las.

Nesse diapasão, tem-se ainda, em 1984, o advento da Lei nº 7210 de Execução Penal, a qual passou a garantir a população carcerária feminina os mesmos direitos legais acautelado aos homens.

Em busca de efetivar a as normas elaboradas, início da década de 1940, em São Paulo, fora sediada a primeira penitenciária específica para mulheres do Brasil. Essa instalação, sediada em uma casa, fora gerida por cerca de três décadas pelo grupo religioso Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor. Em suas normas que regiam o seu funcionamento, fora estabelecido que as internas deveriam cumprir suas penas executando os afazeres domésticos do referido estabelecimento.

Ou seja, as penas às quais as mulheres se submetiam no presídio reforçaram a estrutura machista e patriarcal da sociedade, pois os seus encargos eram substancialmente pré-definidos, enquadrando-se às atividade voltadas para as necessidade do lar.

4. O SISTEMA PRISIONAL SOB A ÓTICA DA QUESTÃO DE GÊNERO: A MULHER E SUAS PARTICULARIDADES.

Conforme já abordado anteriormente, durante a história, o Estado manteve- se inerte no tocante à problemática do aumento da criminalidade feminina, visto que, os poderes públicos mantiveram-se omissos ante a necessidade de acautelaras mulheres em situação de privação de liberdade.

O cárcere, historicamente, foi um sistema pensado por homens e para homens, o que fortificou o caráter sexista que exclui a visibilidade da mulher no contexto social de forma integral.

Nesse sentido, mesmo com a constituição dos primeiros presídios para mulheres, inexistiam políticas públicas que vislumbrassem a figura feminina como indivíduo sujeito de direitos, visto que os locais destinados às mulheres foram construídos improvisadamente, não levando em consideração a questão do gênero.

[3] Artigo 29,§2º,Código Penal de 1940 "as mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, àfalta, em secção adequada da penitenciária ou prisão comum, ficando sujeita a trabalho interno".

Há de se observar que as mulheres, assim como nos primórdios da criminalidade feminina, ainda representam, hodiernamente, uma parcela minoritária na população carcerária brasileira, fato que perpetua o descaso estatal na promoção de ações afirmativas que ponderem as necessidade e especificidades de uma mulher em unidades prisionais.

A realidade do sistema penitenciário brasileiro é complexa. A comunidade encarcerada sobrevive dentro de um sistema insalubre, que viola seus direitos desde o não fornecimento dos serviços básicos de atenção à saúde, passando pela superlotação dos presídios, chegando até a não a preservação de vínculos e relações familiares.

Demais disso, o cárcere, ao ser desenhado sob a perspectiva do público masculino, não fora pensado e estruturado sob uma perspectiva de atender as peculiaridades e necessidades inerentes ao gênero feminino.

Logo, analisando tais circunstâncias, a realidade da privação de liberdade da mulher torna-se ainda mais crítica, pois, estruturalmente, desconsidera as particularidades excepcionais que as mulheres carecem.

5. O FENÔMENO DA MATERNIDADE EM CÁRCERE – A LEGISLAÇÃO ACERCA DA PROBLEMÁTICA DA MATERNIDADE EM CONTEXTO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE.

Após todo o exposto nos capítulos anteriores acerca da conjuntura histórica da criminalidade feminina, do surgimento dos primeiros presídios e da questão de gênero e suas particularidades no sistema carcerário, este capítulo tem como obejtivo analisar a proteção legislativa da mulher, mãe e presa e seus filhos sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, bem como no cenário internacional.

Pretende-se expor os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e as garantias do Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da individualização da pena. Neste último, insta ponderar a controvérsia existente entre a intrascedência da condenção imposta à mãe e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar benéfica e necessária ao seu desenvolvimento.

Observar-se-á ainda o procedimento adotado pelo Código de Processo Penal vigente no que tange às possibilidade de modalidades de cumprimento de pena, bem

como as lacunas constates no CPP preenchidas pelo habeas corpus coletivo nº 143.641/SP.

Posteriormente, o presente trabalho buscará analisar como a Lei de Execução Penal ampara as mulheres que vivenciavam a maternidade no ambiente carcerário, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente esteia as necessidades experienciadas pelos menores com mães em privação de liberdade.

Por fim, será abordado as Regras de Bangkok, documento normativo elaborado pela Organização das Nações Unidas, as quais estabeleceram preceitos no âmbito internacional que intentam fomentar a instituicionalização, pelos Estados- membros, de políticas públicas voltadas para as apenadas e seus filhos.

5.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

É imprescindível ressaltar que o ordenamento do Brasil traz detalhadamente uma enorme relação de jurisdição e garantias que são protegidos pela Carta Magna. A Constituição Federal de 1988 é alicerçada nos direitos fundamentais e tem aplicação imediata.

Conforme relatam os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

> Ao lado da ampliação dos direitos fundamentais – sobretudo das garantias e remédios constitucionais (enfática vedação à censura prévia, surgimento do habeas data, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, ampliação do objeto da ação popularetc.), bem como dos direitos sociais e direitos de terceira geração oudimensão (como o direito a um meio ambiente equilibrado) – é mister mencionar o fortalecimento das instituições democráticas, dentre elaso Ministério Público.

A Constituição, detentora dos valores fundamentais e estruturantes do País, tem como objetivo primordial proteger o indivíduo.

O Artigo 1º da Constituição Brasileira, explicitando interesse com o bem estar da população e zelando pelos seus direitos, relata:

> A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; **III – a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todoo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ainda relatam os professores Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino:

> A Constituição Federal de 1988, ao arrolar os direitos fundamentais no seu Título II (arts. 5° a 17°), classificou-os em cinco grupos distintos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Os direitos individuais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade, à liberdade. Estão previstos no art. 5° da Constituição, que alberga, especialmente, os direitos fundamentais de primeira geração, as chamadas liberdades negativas. Nesse mesmo art. 5°, temos direitos fundamentais coletivos, como são exemplos os previstos nos incisos XVI (direito de reunião); XVII, XVIII, XIX e XXI (direito à associação); LXX (mandado de segurança coletivo). Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. Estão arrolados no art.6ª e seguintes da Carta Política, e são disciplinados em diversos outros dispositivos constitucionais (por exemplo, direito à saúde – art. 196; direito À previdência – art. 201; direito à educação – art. 206). Os direitos de nacionalidade cuidam do vinculo jurídico-político que liga um indivíduo a umdeterminado Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o aocumprimento de determinados deveres. Estão enumerados no art. 12 da Constituição. Os direitos políticos cuidam do conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, com o fim de permitir ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. Estão enumerados no art. 14 da Constituição.

É evidente o quanto a Constituição prioriza a inviolabilidade do direito à vida e à proteção do ser humano. A vida é protegida em sentido amplo, não sendo apenas viver, mas permanecer vivo com dignidade, conforme pode ser observado na Lei:

> Art. 1ª A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; **III – a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todoo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Embora os direitos das mulheres com privação de liberdade não sejam minunciosamente detalhados na Carta Magna, o artigo 5º considera a Lei universal, o que beneficia a todos os indivíduos, conforme pode ser lido:

> 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:

> […]L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação […].

Sobre a questão da dignidade, Ingo Wolfgang Sarlet, jurista e magistrado brasileiro, propõe o seguinte conceito:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeitoe consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (2001, p.60).

O cárcere de mulheres gestantes é preocupante, pois, neste ambiente insalubre – sem higiene, celas superlotadas, expostos a doenças –, nascem crianças que assistirão a horrores sofridos por suas mães, e sem lhes ser oferecido o básico de dignidade.

Ainda a respeito desse tema, o professor Alexandre de Moraes relata que "[…] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual […]" (MORAES, 2003, P.50)

Desta maneira, é visto que o direito à dignidade é soberano e intrínseco do ser humano. À vista disso, à detenta deve ser garantido este direito, principalmente quando grávidas, uma vez que é obrigação do Estado oferecer às gestantes encarceradas em presídios brasileiros um tratamento digno e não degradante.

Assim, o direito garantido à pessoa humana é absoluto e irrenunciável e deve ser administrados pelo estado de forma irrestrita, sendo a dignidade o valor supremo e o núcleo axiológico da nossa Constituição.

Membro do Movimento do Ministério Público Democrático – MP-SP –, a procuradora de justiça aposentada, Beatriz Helena Ramos Amaral, escreveu:

> Os direitos fundamentais da pessoa humana são soberanos e precisam ser exercitados cotidianamente. O excesso de formalismo da estrutura jurídica jamais poderá impedir a concretização da plena isonomia e da equidade. O direito está a serviço da sociedade e da dignidade de homens, mulheres e

> crianças. A hierarquia das leis jamais poderá ser olvidada ou negligenciada.

Concomitante, é válido ressaltar o inciso XLV do artigo 5º da Constituição, o qual depõe a respeito do Princípio da Intranscendência da Pena:

> **XLV** - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Assim, é vedado que a pena recaia sobre outra a pessoa que não seja o condenado, sendo a responsabilidade penal pessoal fixa, imputada apenas ao próprio responsável criminalmente. Desta forma, a criança é um ser livre, não devendo ser punida nem penalizada pelo delito da mãe, tendo amputados sua liberdade e seus direitos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, descritos no artigo 3°.

> Art. 3º A criança e ao 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. (BRASIL. ECA. 1990).

Mesmo que a legislação brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente ou da Constituição Federal, ampare as crianças, e o ambiente em que a genitora está tutelada não ser favorável as suas necessidades, muitos filhos de detentas acabam por cumprir uma pena também, visto que se sujeitam à situação idêntica à da mãe apenada, com privação de liberdade e sem o benefício do direito a condições favoráveis para o desenvolvimento saudável, tanto físico quanto social e psicológico

5.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Ainda no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, mister destacar o comportamento do Código de Processo Penal, que, através da lei 13.434 de 2017 vedou, no parágrafo único do artigo 292[4], o uso de algemas durante o parto e o período pós

[4] Artigo 292, parágrafo único, Código de Processo Penal: "É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato."

parto.

Outrossim, o Código de Processo Penal assegura à mulher, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nas hipóteses em que a mulher esteja gestante ou tenha filhos com até doze anos de idade incompletos. Senão vejamos a redação do artigo 318, incisos IV e V:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> IV - gestante;
> V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Nessa perspectiva, percebe-se que o legislador buscou preservar a convivência familiar apartada do cenário de reclusão nos presídios, acautelando, dessa forma, também, o princípio da intranscendência da pena (também chamado de princípio da personalidade ou da pessoalidade).

5.3 HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP.

Ante as diversas violações aos direitos das mulheres mães no que tange à não efetivação do disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal, acima discorrido, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em parceria com o Coletivo de Advogados de Direitos Humanos, que visava concretizar o cumprimento dos referidos direitos.

Ou seja, mesmo com o advento do art.318, CPP, parte das mulheres não tinham acesso a essa garantia legal, pois, muitas vezes, aguardavam as suas sentenças em cárcere, ainda que grávidas ou com filhos menores de 12 anos.

Assim, foi determinado pela 2ª Turma do STF, que a prisão domiciliar deveria ser concedida para as gestantes, puérperas, mães de filhos com doze anos incompletos ou de pessoas portadoras de deficiência que estejam presas preventivamente ou provisóriamente, ou enta adolescentes que estivesse cmprindo medidas socioeducativas.

O Ministro Ricardo Lewandoswski, relator, do *habeas corpus*, asseverou a existência de uma estrutura carcerária decadente, que acentua a "cultura do encarceiramento" que não garante os cuidados básico às mulheres, tampouco àquelas que são mães. Senão vejamos trecho da decisão:

> Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches. Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no presente habeas corpus – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada. (...)
> Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a "cultura do encarceramento", vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (...)
> (...) o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional. (...)[5]

Todavia, insta salientar que, o Ministro, em seu voto, determinou que, para gozar desse benefício, faz- se necessário que a mulher não tenha cometido crimes contra os seus decendentes, crimes patricados mediante violência ou grave ameaça ou em "situação excepcionalíssima", a qual, em razão de ser um requisito impreciso, deverá ser devidamente fundamentada pelo Magistrado que conceder a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Outrossim, ressalte-se que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos casos permitidos através do habeas corpus em questão, não obstaculiza a concessão, simultaneamente, das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Além disso, há a possibilidade, também, do juiz, ao entender que a prisão domiciliar é inviável, substituí-las pelas medidas dispostas neste artigo.

5.4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

A priori, a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 não esforçava-se para tutelar, de forma eficaz, a problemática das mulheres que vivenciavam a maternidade no ambiente carcerário.

Nesse sentido, a lei 11.942 de 2009 incluiu, em sua redação, modificações para a

[5] Voto na íntegra disponivel em : http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf. Acesso em: 22 de novembro de 2021.

Lei de Execução Penal, a fim de assegurar circunstâncias elementares para as mulheres mães e seus filhos no contexto de privação de liberdade.

A exemplo, temos as alterações legislativas constantes nos artigos 14, § 3º, 83 , § 2º e artigo 89, que assegurou à Lei de Execução Penal maior visibilidade para as peculiaridades dessa realidade.

O primeiro artigo, garantiu assistência médica à gestante durante a gestação, bem como no pós parto, estendendo esse direito ao recém-nascido. Senão vejamos:

> Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. (...)
> § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Já o artigo 83, § 2º, da referida lei, assegura que a encarcerada pode amamentar seu filho até os seis meses de idade em estabelecimento adequado, bem como que haja, nas instalações carcerárias, berçários e ambientes apropriados para que as mães possam exercer a maternidade de forma digna, mesmo na condição de reclusa:

> Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. (...)
> § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Nesse aspecto, manifesta é a relevância do aleitamento materno para o desenvolvimento infantil. Assim, essa temática torna-se ainda mais delicada quando se trata das circunstâncias suportadas pelas mães encarceradas, uma vez que, as penitenciárias se transfiguram como um obstáculo na relação entre a genitora e seus filhos, e, por consequência, na alimentação destes.

Por fim, o artigo 89 da lei 11.942/09 aduz que as penitenciárias femininas devem oferecer uma seção apta às gestantes e puérperas, com creche para acolher os filhos dos seis meses aos sete anos de idade que dependam, exclusivamente, das suas mães. *In verbis:*

> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a

> finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:
> I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
> II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Nesse diapasão, pode-se analisar que as medidas legislativas supracitadas visam estabelecer uma vivência harmoniosa entre as mães e seus filhos, diligenciando no sentido de viabilizar uma experiência que salvaguarde os direitos dos envolvidos nesse vínculo, ainda que na penitenciária.

5.5 LEI Nº 8.069/90 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) E LEI 13.257/16 – MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei federal aprovada em 1990, visa tutelar os direitos essenciais que devem ser garantidos, pelo Estado, às crianças e adolescentes.

Prima facie, é preciso sublinhar que o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que criança é quem tem doze anos de idade incompletos e adolescente é quem tem de doze até dezoito anos de idade:

> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, o ECA impõe que é de responsabilidade do Estado, conferir proteção integral às crianças e adolescentes, assegurando, com prevalência, que eles terão a assistência estatal necessária para escudá-los da invisibilidade social egaranti- los os direitos fundamentais dispostos na nossa Carta Magna, tais como, acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, ao amparo afetivo, e à convivência familiar.

Logo, quando pensamos na realidade do desenvolvimento infantil no cenário prisional, a situação torna-se delicada, afinal, demonstra-se cristalino a complexidade do progresso das crianças, de forma saudável, no contexto em que suas mães se encontram em privação de liberdade.

Dessa forma, enxerga-se conflitos de direitos. Ora, seria possível o Estado garantir ao menor o direito ao amparo afetivo, à convivência familiar e ao crescimento cognitivo e emocional de forma plena, ao passo que suas genitoras são afetadas pela realidade da privação de liberdade no sistema carcerário brasileiro?

Neste diapasão, foi implantado, em 2016, o Marco Legal da Primeira Infância (lei 13.257), o qual ampliou o rol de direitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pensados, singularmente, para os filhos que têm mães encarceradas.

A exemplo, temos o artigo 8º, §§ 5º e 10, o primeiro tratando sobre o dever do Estado de dar suporte psicológico à mãe no período pré-natal e durante o período puerperal e, o segundo, pretendendo assegurar o pleno desenvolvimento dos menores ainda que a convivência com suas mães seja no ambiente carcerário, buscando proporcionar uma vivência o mais positiva possível.[6]

5.6 REGRAS DE BANGKOK (ONU).

As regras de Bangkok é um documento normativo internacional, elaborado pela Organização das Nações Unidas, que instituiu preceitos pensados para a realidade das mulheres presas, ou seja, preocupou-se em analisar as especificidades da questão de gênero no cárcere.

Entre as problemáticas abordadas no referido marco normativo,tem-se a questão da realidade enfrentada pelas mulheres que sao mães, haja vista, estas, por estarem em privação de liberdade, acabarem perdendo o convívio com seus descendentes.

Este documento disciplina diretrizes, aos Estados-membros, que visam garantir, minimamente, a cautela para com as mães na seara do encarceramento feminino, uma vez que é proposto a eles atender as particularidades das presas ao elaborarem as leis, desenvolverem políticas públicas, entre outras formas de delinear um panorama que

[6] Artigo 8º, §§ 5º e 10, Lei 13.257/16: "É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós- natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (...)
§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.(...)
§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança."

tutele, principalmente, o melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência deles com suas genitoras.

Nessa direção, dentre as garantias previstas nestas Regras, estão: (i) a vedação ao segregamento entre as mães encarceradas e os seus filhos durante o período de aleitamento materno, (ii) o impedimento à proibição do convívio entre as mulheres e as crianças, (iii) o incentivo ao contato familiar entre os envolvidos no vínculo, inclusive ao adotar medidas para facilitar a relação entre as mulheres presas em presidios afastados dos locais de moradia dos seus filhos e (iv) a viabilização de um local favorável à visitação que envolvam crianças:

> Regra 22:Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação.
> Regra 23: Sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças.
> [...] Regra 26: Incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seus locais de residência.
> [...] Regra 28: Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as.

Ao defontrar as diretrizes estipuladas pelas Regras de Bangkok com o ordenamento jurídico pátrio retratado no presente trabalho, manifesto é a conformidade entre os textos normativos.

6. CONCLUSÃO

O cenário do cárcere brasileiro é amplamente conhecido pelas condições degradantes oferecidas aos detentos, a exemplo a superlotação das celas e a presença de facções criminosas. A situação torna-se ainda mais delicada em relação às mulheres apenadas, ante às especificidades do gênero no ambiente prisional.

Como anteriormente mencionado, a escritora e jornalista Nana Queiroz declarou: “É fácil esquecer que mulheres são mulheres sob a desculpa de que todos os criminosos devem ser tratados de maneira idêntica. Mas a igualdade é desigual quando se esquecem as diferenças”. Dessa forma, a pesquisa estudou a figura das mulheres no

crime na antiguidade, constatando que elas sempre foram indivíduos sujeitos à condição de invisibilidade para a sociedade, até mesmo quando se tratava das condutas ilícitas praticada por elas. Nesse sentido, com o avanço do movimento feminista pelo mundo, buscou-se vislumbrar a figura da mulher criminosa de forma apartada da concepção da prostituição, da bruxaria e, até mesmo, dos distúrbios psíquicos.

O presente trabalho teve por objetivo analisar o histórico da criminalidade feminina brasileira e a inserção das mulheres no cárcere, observando o percurso do desenvolvimento, tanto estrutural das penitenciárias, quanto das previsões legais que albergaram a situação das reclusas. Além disso, observar a legislação brasileira e as Regras de Bangkok acerca da problemática da maternidade em cárcere, bem como o olhar do ordenamento jurídico em relação aos obstáculos para garantir aos recém-nascidos, crianças e adolescentes, com mães em privação de liberdade, possibilidades apropriadas para o bom desenvolvimento infantil e dos seus vínculos familiares.

Não obstante à ascensão do movimento feminista, observou-se que, mesmo após o aumento do índice de criminalidade feminina, o Estado ainda se manteve inerte quanto à necessidade do, até então, recém cenário do cárcere feminino. Ou seja, as mulheres que antes não ocupavam os estabelecimentos prisionais enquanto infratoras, passaram a cumprir suas penas em ambientes pensados por homens e para homens.

Essa condição torna-se ainda mais árdua quando as mulheres encarceradas precisam vivenciar a maternidade nas penitenciárias, sejam as mães em gestação, as puérperas ou as com filhos menores, afinal, como tutelar o direito à saúde da mulher grávida e do melhor interesse do menor em um ambiente que é amplamente conhecido pela falência e violação aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal?

Ao decorrer do trabalho ficou perceptível que a mulher em cárcere é um fenômeno que, nos seus primórdios, foi extremamente negligenciado pelo Estado, que sempre protelou avaliar, com cautela, esta situação e suas individualidades. Entretanto, após o advento do Código Penal de 1940, o qual reconheceu a necessidade de a mulher cumprir sua pena em local apropriado, devendo apenas, em última instância, cumprir em penitenciárias mistas, a problemática discutida neste trabalho ganhou espaço e visibilidade, passando a ser encarada como uma adversidade social que merecia ser objeto de implantação de políticas públicas voltadas a considerar a complexidade dessa realidade.

Adiante, analisou-se o aporte legislativo que transpassa a problemática das detentas, desde as garantias legais dispostas na nossa Carta Magna, até o cenário internacional, através das regras de Bangkok. Neste ponto, constatou-se que os textos normativos abordados no presente trabalho, buscam fornecer uma gestação segura à mãe presa e ao seu filho, um período de amamentação necessário para que o recém-nascido possa se desenvolver de forma saudável, um ambiente no espaço penitenciário apto a gerar uma convivência harmônica entre as crianças e adolescentes e suas genitoras, entre outras circunstâncias que contemplam os princípios e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição Federal.

Nesse sentido, concluiu-se que, apesar da indiligência legislativa sofrida pelas mulheres, mães e detentas, por muito tempo, durante a história da criminalidade brasileira, é possível notar, hodiernamente, que a movimentação no ordenamento jurídico brasileiro é capaz de alcançar, com precisão, as demandas que permeiam a conjuntura da relação mãe e filho no sistema carcerário brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. **A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018- mar-19/mpdebate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016#author. As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteu do =841> Acesso em: 16 nov. 2021.

ANGELIN, Rosângela. A "caça às bruxas": uma interpretação feminista. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 53, Ano V - out. 2005.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Letramento. Belo Horizonte, MG, 2018.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm > . Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. **Cartilha habeas corpus coletivo n° 143.641**, 2018. Disponível em <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/Cartilha-HC-COR-Online.pdf>.Acesso em: 22 nov. 2021

CEJIL, Centro pela Justiça e pela Justiça Internacional et al. **Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil.** Rio de Janeiro,2007. p.46. Disponível em: < http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil2007.pdf > Acesso em: 16 set. 2021

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres Infratoras. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília: CNJ, 2016.

DIUANA, Vilma; CORREA; Marilena; VENTURA, Miriam. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, p. 727-747, 2017.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano**: a criminalidade em São Paulo (1880-1924). 2ed. São Paulo: Edusp, 2001.

FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. **La donna delinquente, la prostituta ela donna normale**. Firenze: Torino, 1903. Disponível em: <http://archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n8/mode/2up. Acesso em: 10 set. 2021.

GESTAÇÃO e maternidade no sistema prisional é tema de palestra na OAB/DF. OAB Distrito Federal. 2018. Disponível em: <http://www.oabdf.org.br/noticias/gestacao-e-maternidade-no-sistema-prisional-e-tema-de-palestra-na-oab-df/ > Acesso em: 09 set. 2021.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo. **As prisões do feminino e as mulheres nas prisões**: um recorte sobre a maternidade encarcerada. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de Psicologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010. Disponível em: < https://app.uff.br/slab/uploads/2010_d_AlineGomes.pdf > Acesso em: 10 set. 2021.

MARCASSI, Rafaela. Gravidez e maternidade no sistema penitenciário brasileiro. **Conteúdo Jurídico**. 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52956/gravidez-e-maternidade-no-sistema-penitenciario-brasileiro > Acesso em: 09 set. 2021

MOREIRA, Cinthia Lopes. Aspectos da criminalidade feminina. **âmbito Jurídico**. Disponível em:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-da-criminalidade- feminina/> . Acesso em: 10 set. 2021.

NASCIMENTO, Amanda; SILVA, Wirna. A maternidade no cárcere: uma análise dos efeitos de privação de liberdade das genitoras e as implicações secundárias para a família. **Âmbito jurídico** - O seu portal jurídico da internet. 2019. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-maternidade-no- carcere-uma-analise-dos-efeitos-da-privacao-de-liberdade-das-genitoras-e-as- implicacoes-secundarias-para-a-familia/ > Acesso em: 09 set. 2021.

NERI, Heloneida; OLIVEIRA, Maria. **A maternidade em situação de privação de liberdade**: uma articulação sobre o sujeito do direito e o sujeito do desejo. In: Anais do 9. Seminário Internacional Fazendo Gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos; Florianópolis, 2010

PAIXÃO, Mayara. **Primeira penitenciária feminina do Brasil era administrada pela Igreja Católica**. Paineira AUN - Agência Universitária de Notícias. 2017. Disponível em: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/10/02/primeira-penitenciaria-feminina-do-brasil-era-administrada-pela-igreja-catolica > Acesso em: 16 set. 2021.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere** – uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Disponível em:<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf > . Acesso em: 10 set. 2021.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**.14 ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012. p. 112-113.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. Editora Record, 2015.

RELATÓRIO temático sobre mulheres privadas de liberdade – Junho de 2017 . Infopen. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf > . Acesso em: 08 set 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
WORLD Female Imprisonment List. Disponível em < https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf >. Acesso em: 08 set. 2021.