



**XX JORNADA JURÍDICA
DA FACULDADE EVANGÉLICA RAÍZES**

**DIREITO 4.0: A TECNOLOGIA E AS RELAÇÕES
JURÍDICAS**

ANAIS | VOLUME 3, NÚMERO 1, 2024

EXPEDIENTE

XX JORNADA JURÍDICA DA FACULDADE EVANGÉLICA RAÍZES
"DIREITO 4.0: A TECNOLOGIA E AS RELAÇÕES JURÍDICAS"
ANAIS | VOLUME 3, NÚMERO 1, 2024 | ISSN 2596-1128

COORDENAÇÃO EDITORIAL

FERNANDO LOBO LEMES
MAXILENE SOARES CORRÊA

CONSELHO EDITORIAL

BRUNA FELIPE OLIVEIRA
CÉSAR GRATÃO DE OLIVEIRA
CRISTIANE INGRID DE SOUZA BONFIM
GABRIEL DE CASTRO BORGES REIS
GABRIELA GOMES NAVES
JORDÃO HORÁCIO DA SILVA LIMA
LEONARDO PAIVA
LUCAS SILVA DE LIMA
MYLENA SEABRA TOSCHI
PRISCILLA RAÍSA MOTA CAVALCANTI
SIMONE SILVA

CONSELHO CIENTÍFICO

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (UNICEUB)
DOUGLAS NASSIF CARDOSO (UNIVERSIDADE METODISTA DE SÃO PAULO)
FABRÍCIO WANTOIL LIMA (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS)
JOSÉ ROBERTO BONOME (UNIEVANGÉLICA)
MARGARETH FARIA (UNIEVANGÉLICA/PUC-GOIÁS)
PABLO EMANUEL ROMERO ALMADA (UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA)
RONALDO DE PAULA CAVALCANTE (FACULDADE UNIDA DE VITÓRIA)
SAMUEL COSTA DA SILVA (FACULDADE PROCESSUS)
MARIA TERESA CAUDURO (UNISINOS)

FACULDADE EVANGÉLICA RAÍZES

ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA (AEE)

RUA FLORIANO PEIXOTO Nº 900 – SETOR CENTRAL – ANÁPOLIS/GO – CEP: 75024-030

AUTORES

ABNER LOURENÇO COSTA
ÁLVARO MARQUES ROMUALDO CARDOSO
ANA CLARA GONÇALVES
ANA LIVIA ANDRADE DE MATTOS
ANTÔNIO JESUS FILHO
CRISTIANE INGRID DE SOUZA BONFIM
DIEGO COSTA BARBOSA SANTOS
FERNANDO LOBO LEMES
GABRIEL APARECIDO SALVADOR DE MOURA
GABRIEL CARVALHO DE CASTRO
GABRIEL DE CASTRO BORGES REIS
GABRIELA RIBEIRO SOARES
HERYCA PEREIRA MACHADO
ISABELLA RAILA AQUINO DA SIQUEIRA
JÔNATHAS GUEDES SANTOS
JORDÃO HORÁCIO DA SILVA LIMA
KAYQUE VICENTINI DE FARIA
KELLEN MELO MENDONÇA
LARA GABRIELA BUENO OLIVEIRA
LAUANY GONÇALVES OLIVEIRA
LAURA BEATRIZ PEREIRA DE SOUSA SANTOS
LUANA FERNANDES MASSARANI
LUCAS PAULO SOARES DE OLIVEIRA
LUCAS SANTANA DE LIMA
MARCELA DE OLIVEIRA RODRIGUES
MARIA EDUARDA PORTO
MARIA EDUARDA WILLRICH DA SILVEIRA
MARIA PAULA VILELA DE ALMEIDA
MARIELLY VITÓRIA MARQUES VIEIRA
MARLI DE FÁTIMA MORAIS ARAÚJO MOURA
MATEUS DE FRANÇA FREITAS
MYLENA SEABRA TOSCHI
NATHAN SILVA JUNQUEIRA
PRISCILLA RAISA MOTA CAVALCANTI COSTA
SIMONE DE FÁTIMA SILVA
THALYTA SILVA LACERDA

SUMÁRIO

A EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS: UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMBINADA COM A LEI DEMIGRAÇÃO

Álvaro Marques Romualdo Cardoso, Nathan Silva Junqueira, Cristiane Ingrid de Souza Bonfim

ALÉM DO VEREDICTO: UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA INTUITIVA E DOS ARGUMENTOS METAJURÍDICOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Lauany Gonçalves Oliveira, Maria Eduarda Porto, Mylena Seabra Toschi

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOBRE A CLT COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO EMPREGADO

Ana Clara Gonçalves, Heryca Pereira Machado, Priscilla Raisa Mota Cavalcanti Costa

ESTELIONATO CIBERNÉTICO NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Ana Livia Andrade de Mattos, Lucas Paulo Soares de Oliveira, Fernando Lobo Lemes

DA VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA À QUATERNÁRIA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER: UMA ANÁLISE MULTIDIMENSIONAL

Kellen Melo Mendonça, Maria Eduarda Willrich da Silveira, Cristiane Ingrid de Souza Bonfim

DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA *CANNABIS*: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

Luana Fernandes Massarani, Marielly Vitória Marques Vieira, Mylena Seabra Toschi

E-SAÚDE E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA GESTÃO DE DADOS PESSOAIS DE PACIENTES NO ÂMBITO DA LEI Nº 13.709/2018

Diego Costa Barbosa Santos, Gabriel Aparecido Salvador de Moura, Jordão Horácio da Silva Lima

INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA TRAZIDO PELA LEI Nº 13.964/2019

Mateus de França Freitas, Jônathas Guedes Santos, Gabriel de Castro Borges Reis

O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Gabriela Ribeiro Soares, Lara Gabriela Bueno Oliveira, Lucas Santana de Lima

O PERFIL SOCIAL DO DELINQUENTE COMO ALVO DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Marcela de Oliveira Rodrigues, Maria Paula Vilela de Almeida, Gabriel de Castro Borges Reis

ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA: SUAS RELAÇÕES COM ADIGNIDADE HUMANA E O BIODIREITO

Abner Lourenço Costa, Kayque Vicentini de Faria, Mylena Seabra Toschi

OS SISTEMAS DE JUSTIÇA NAS SITUAÇÕES DE ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

Laura Beatriz de Sousa Santos, Marli de Fátima Moraes Araújo Moura, Mylena Seabra Toschi

TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS COMO FORMA DE SOLUÇÃO NO SISTEMA PRESIDIÁRIO BRASILEIRO

Antônio Jesus Filho, Gabriel Carvalho De Castro, Cristiane Ingrid de Souza Bonfim

A EXTRADIÇÃO DE BRASILEIROS: UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMBINADA COM A LEI DE MIGRAÇÃO

Álvaro Marques Romualdo Cardoso¹

Nathan Silva Junqueira²

Cristiane Ingrid de Souza Bonfim³

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo possibilitar a compreensão do processo de extradição de brasileiros, onde a análise se concentra na contextualização da Constituição Federal (1988) combinada com a Lei de Migração Brasileira de nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Para entender as questões relacionadas ao processo de extradição, bem como, de brasileiros natos, partiu-se da problematização: Quais são os procedimentos e condições que permitem a extradição de brasileiros do Brasil? O método utilizado no presente estudo efetiva-se por meio da literatura bibliográfica. Conclui-se que o conhecimento das Leis que direcionam e contextualizam o Direito Internacional por parte dos imigrantes, migrantes e emigrantes é de suma importância no que tange a proteção, segurança, aos direitos humanos, bem como o desenvolvimento da autonomia, em especial, quando se refere ao conceito de nacionalidade e extradição.

PALAVRAS-CHAVE: Nacionalidade. Extradição. Brasileiro. Nato. Imigração.

INTRODUÇÃO

A compreensão dos direitos e deveres do cidadão é de suma importância no que tange ao desenvolvimento da autonomia, na busca pela liberdade, na ação de ir e vir, de imigrar e migrar, na formação para e pela vida em solo estrangeiro. Sendo assim, é de suma importância entender sobre o processo de aquisição de nacionalidade, bem como sua perda e influência no processo de extradição.

Desta forma, o presente estudo tem como objetivo propor a compreensão do processo de extradição de brasileiros do Brasil, e diante deste, possibilitar o entendimento do processo de aquisição de nacionalidade e sua influência no processo extradicional; conhecer e contextualizar o processo de extradição à luz da Constituição Federal (1988) combinada com a Lei de Migração, pois segundo Júnior, Braga e Oliveira (2013, p. 2):

¹ Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: alvarodoka@gmail.com.

² Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: nathansj_2002@hotmail.com.

³ Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Professora da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: cristiane.bonfim@docente.faculdaderaizes.edu.br

Com a intensificação do movimento global, centenas de milhões de indivíduos locomoem-se entre países a cada ano, estabelecendo contatos e mesmo residência distante do seu local de origem. O Brasil, por exemplo, possui aproximadamente quatro milhões de nacionais residindo e trabalhando em outros Estados soberanos. Muitas vezes, por critérios múltiplos, através de ato voluntário ou por imposição do país de destino, adquirem nova nacionalidade para ali permanecer.

Nessa direção, julgou-se necessário pautar sobre a extradição de brasileiros, em especial, sobre os brasileiros natos dos quais perderam a nacionalidade brasileira de forma voluntária, desta forma, partiu-se da problemática “Quais são os procedimentos e condições que permitem a extradição de brasileiros do Brasil?”.

Sabe-se que o objetivo da extradição é o Estado Requerido entregar ao Requerente o indivíduo que cometeu um crime, no território do Estado Requerente, e é necessário cumprir apena da qual foi estabelecida. Nessa direção, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica pautada em Moreira (2018); Brasil (1988); Brasil (2017); Gonçalves (2017); Kindermann (2022), estruturada em três tópicos, sendo que no primeiro é pautado sobre os “Apontamentos Teóricos e Históricos”; no segundo sobre “Conceito de Nacionalidade” e no terceiro é fundamentado “Processo de Extradição”.

Assim sendo, quando o assunto é extradição de brasileiros julga-se necessário o entendimento do Direito Internacional contextualizado com a Constituição Federal de 1988 combinada com a Lei de Migração Brasileira de nº 13.445 de 24 de maio de 2017.

Diante da atual realidade no aumento do movimento migratório, observa-se a necessidade de conhecimento e entendimento dos direitos e deveres do migrante, bem como do emigrante, no que tange a pena de extradição.

No que tange ao contexto migração importa saber que nenhum brasileiro nato será extraditado do Brasil, segundo o Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil (1988). Sendo que é necessário entender em qual circunstância será submetida a pena de extradição para brasileiros por crimes cometidos, ou seja, para brasileiros que optaram pela dupla cidadania e voltam para o Brasil como emigrante.

Desta forma, julga-se importante diferenciar a situação de brasileiro nato entre a de brasileiro nato naturalizado no exterior, pois entende-se que o brasileiro que adquirir

dupla cidadania e cometer um crime no exterior poderá ser extraditado do Brasil e cumprir a pena no território onde cometeu o crime, ou seja, no Estado que cometeu o crime (Kindermann, 2022), premissa garantida pelo Direito Internacional, que “foi concebido como forma de punir, internacionalmente, os atos considerados pela comunidade internacional como nocivos a essa sociedade” (Kindermann, 2022, p. 89).

Nessa vertente, é de suma importância o entendimento dos direitos e deveres do migrante, no que tange ao contexto de nacionalidade, de crimes internacionais e crimes comuns cometidos no exterior por brasileiros, para isto, é importante pautar os seguintes tópicos: nacionalidade primária e secundária; brasileiro nato e naturalizado e extradição à luz da Constituição Federal e Lei de Migração Brasileira.

Sob esta perspectiva, é necessário saber sobre como é pautado a proteção do migrante, e deste quando volta ao Brasil como emigrante, a luz do Direito Internacional e sua interrelação com a Lei de Migração Brasileira de nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

1. APONTAMENTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS

No que tange ao convívio entre os seres humanos, o viver em sociedade o Direito Internacional vem como um regulador de águas. Uma fonte na busca da resolução de problemas e conflitos das e entre as pessoas, os Territórios, Estados. Gonçalves (2017) salienta no texto “Direito Internacional Público e Privado” que o mundo está cada vez mais globalizado onde as relações, a comercialização, a interdependência entre Países, Estados, Territórios e Soberanias torna-se necessário uma ordem regulamentadora, mediadora de cunho internacional paradisciplinar as relações, na busca de manter a paz e a segurança mundial. Campos e Távora (2016, p. 7) ressaltam o seguinte sobre o termo “Direito Internacional”:

O termo “Direito Internacional” foi, todavia, empregado pela primeira vez em 1780 pelo inglês Jeremy Bentham, em sua obra *An introduction to the principles of Moral and Legislation*, com o intuito de diferenciar o Direito que cuida das relações entre os Estados, também designados em inglês como nations, do Direito Nacional (National Law) e do Direito Municipal (Municipal Law).

Gonçalves (2017) afirma que grande parte da teoria do Direito Internacional foi criada em 1780 com a intenção de “distinguir o Direito das relações entre os Estados soberanos do Direito interno nacional de cada país. Também são utilizados os termos “Direitos das gentes” ou “jus gentium” (Gonçalves, 2017, p. 18).

Desta forma, o Direito Internacional Público é o que regula as relações entre os Países, Estados, Territórios e Soberanias. Campos e Távora (2016) dizem que o Direito Internacional Público surge, no que tange as relações, como um ente regulador entre os entes estatais, onde os tratados são necessários para regulação e cooperação, com o objetivo de manter e estabelecer integridade e a paz.

Gonçalves (2017) distingui o Direito Internacional Público em duas fases: clássica (até a segunda guerra mundial) e contemporânea (após a segunda guerra mundial). Nessa direção, na fase clássica o Direito Internacional Público focava nas relações entre os Estados soberanos e na contemporânea foca-se na proteção dos direitos humanos com o objetivo de limitar o poder pela força. Campos e Távora (2016, p. 20) fundamentam o Direito Internacional Público e Privado da seguinte forma:

O Direito Internacional Público (DIP), na visão clássica, tem por objetivo disciplinar as atividades dos sujeitos incontestes de Direito Internacional (Estados e Organizações Internacionais). A visão mais contemporânea, seguida por boa parte da doutrina nacional, admite os indivíduos como sujeitos de DIP. O Direito Internacional Privado (DIPr) diz respeito qual a lei aplicável ao caso concreto quando a relação jurídica é de direito privado com conexão internacional.

No que tange ao sistema penal os países buscam se entender pela cooperação quando se trata da extradição. Esta cooperação se efetiva de forma jurídica onde os países buscam estabelecer a segurança nos seus territórios e fronteiras, apesar de vivermos em um mundo globalizado, a autonomia dos Países é uma realidade, e conforme Negreiros (2020, p. 2) pauta:

A cooperação jurídica internacional em matéria penal é imprescindível para a segurança pública mundial contemporânea. Em tempos de sociedade global, as fronteiras nacionais são relativizadas pela tecnologia - que permite a movimentação de pessoas, instrumentos e capitais de forma quase imediata - e esmaecidas pela diplomacia, na forma de tratados de integração regional, como o Espaço Schengen e o Mercosul.

Nessa direção, o tratado de solidariedade entre os Países consiste na manutenção

e respeito aos direitos humanos quanto ao processo de extradição, na entrega de um indivíduo de um Estado (País) para outro Estado (País) para que o processo penal seja efetivado. Segundo Kindermann (2022) a definição de extradição resume-se em que "O estrangeiro está regular no território do país, mas está sendo requerido por outro país, em cujo território cometeu um crime. Por força de tratado de extradição, verificadas as condições necessárias, esse indivíduo é entregue ao país solicitante, podendo retornar após ter cumprido sua pena" (Kindermann, 2022, p. 171), desta forma, o presente estudo justifica-se no desenvolvimento teórico e reflexivo do processo de extradição de brasileiros do Brasil.

Com o crescente movimento migratório dos brasileiros mostrado nos últimos anos, julga-se importante o conhecimento e entendimento dos direitos e deveres do migrante junto ao Estado, bem como o tratamento de livre locomoção do indivíduo, pautado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), e, no que tange o processo de extradição, conforme direciona o Direito Penal Internacional, Direito Internacional Privado e o Direito Constitucional.

Segundo Melo (2022) a migração é um processo que envolve aspectos sociais, jurídicos, culturais, políticos e econômicos, realizado pela humanidade e contado pela história. Sendo assim, este fenômeno faz parte da sociedade. Na atualidade é notável o crescente número de brasileiros buscando outros países para viverem, desta forma, julga-se importante o desenvolvimento de estudos, pesquisas sobre o tema relevante de cunho social.

No que se refere ao contexto social aspectos arbitrários e exclusivos acontecem, nessa direção, aspectos de proteção e assistência aos migrantes se faz necessário saber. E quanto a efeito migratório de brasileiros, e com o eventual processo de extradição, é de suma importância o entendimento dos tratados bilaterais compactuados internacionalmente, pois as barreiras no que tange a migração são reais (Melo, 2022).

Sabe-se que o Direito Internacional é complexo e é válido o desenvolvimento de estudos que propõem avanços no que tange a cidadania e dignidade humana,

direcionando a sociedade na busca da consolidação dos Direitos Humanos e entendimento dos deveres, do respeito as regras impostas pelo Estado que o migrante escolheu para morar, socializar e viver. ConformeLenza (2022) o migrante, na realidade, por rejeição e exclusão, pois “a grande barreira da migração é que muitos ainda não reconhecem o direito de migrar como um direito humano universal” (Lenza, 2022, p. 6). Desta forma, considera-se importante o entendimento do Direito Internacional e Constitucional, quanto ao processo de extradição.

1.1. Extradição à luz da Constituição Federal Brasileira 1988 e Lei de Migração Brasileira

Nessa direção, o presente estudo, concentra-se na extradição de brasileiros do Brasil. Entende-se que não são todos os crimes que recebem como pena a extradição e o processo deve estar atrelado a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, onde ressalta-se os acordos entre os dois lados.

Observa-se que o processo de extradição é complexo, pois envolve áreas do Direito Constitucional e Penal; do Direito Internacional: Privado e Público; contextualizado por meio de acordos bilaterais entre os países, onde o princípio de reciprocidade e soberania deve ser considerado. Sabe-se que este processo está fundamentado por tratados, onde define-se, em primeira instância, por um pedido de um país requerente a outro país, no caso, o requerido, que entregue uma pessoa que cometeu um crime e que precisa voltar ao país requerente para ser julgado e cumpra a pena (Brasil, 2017).

A extradição pressupõe sempre um processo penal. O fundamento jurídico de todo pedido de extradição é um tratado de extradição celebrado entre os dois países envolvidos, no qual se estabelece que, em presença de determinadas condições, o Estado requerido entregará a pessoa reclamada (criminoso) ao Estado requerente. Na falta de tratado, poderá ser firmada uma promessa de reciprocidade, que poderá ser acolhida ou rejeitada pelo Estado, pois é um mero acordo de cavalheiros (Kindermann, 2022, p. 87).

Sendo assim, conforme Kindermann (2022) as nações procuram se organizar por meios de normas jurídicas, de regras, com a intenção de manter as relações internacionais de forma pacífica no que tange a resolução dos problemas. Nessa direção, o Direito

Internacional é a ferramenta que tenta organizar as ações jurídicas para sociedade.

Desta forma, a Lei Brasileira de Migração de nº 13.445, de 24 de maio de 2017 substituia Lei de nº 6. 815, de 19 de agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, e traz em seu bojo avanços quanto aos direitos humanos tanto para os estrangeiros que decidiram morar no Brasil,bem como para os brasileiros emigrantes. Conforme Melo (2022), no Art. 4º da Constituição Federal Brasileira de 1988 ressalta-se que:

No Brasil suas relações internacionais regem-se pelos seguintes princípios:independência nacional, prevalência dos direitos humanos, repúdio ao racismo e discriminações e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, visando uma política de acolhimento ao imigrante, estabelecida em condição de igualdade entre os nacionais emigrantes, em relação a proteção e ao gozo desses direitos, dentro do território nacional (Melo, 2022, p. 8).

No entanto, o presente estudo tem como tema "A Extradição de Brasileiros Natos" e diante deste contexto, julga-se necessário pontuar que conforme o Art. 5º da Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) cita que "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei" (Brasil, 1988, p. 20). Diante disto, o conhecimento e entendimento dos conceitos de naturalização, bem como o conceito de nacionalidade é de suma importância.

2. CONCEITO DE NACIONALIDADE

"Atualmente, a teoria política reconhece que um Estado, para assim ser considerado, é composto por três elementos: povo, território e governo soberano" (Bezerra; Souza, 2016, p. 2). Segundo Bonavides (2010) *apud* Bezerra e Sousa (2016) a cidadania é dada ao conjunto de pessoas, onde estas, são caracterizadas por povo.

Sendo assim, Bonavides (2010) diz que a palavra cidadania remete, de forma restrita, o direito de votar e ser votado, e ressalta que no Direito Constitucional, esta palavra, é conceituada pela palavra nacionalidade. Nesse contexto, Júnior, Braga e Oliveira (2013) diferencia nacionalidade com um paralelo entre nacional e o estranho, ou seja,

subentende que o nacional pertence, provém, origina-se do lugar; e o estranho ou estrangeiro, vem de fora, não pertence ao lugar, ressaltando desta forma, que nacionalidade é definida como sendo o vínculo jurisdiccional-político que liga a pessoa ao Estado.

No que tange a tornar-se nacional no país que em se vive, importa-se pautar sobre os brasileiros que moram em outros países, pois muitos países exigem a naturalização dos estrangeiros que ali vivem, caso queiram trabalhar e viver em um país estrangeiro. Desta forma, observa-se o grande número de brasileiros optando pela segunda cidadania, ou seja, pela naturalização e segundo Júnior, Braga e Oliveira (2023, p.2):

[...] a troca de nacionalidade pode gerar sentimento de inserção no Estado receptor, mas, também, de quebra, de rompimento de vínculo com o país de origem, sendo que, muitas vezes, os brasileiros não sabem da possibilidade de alternância de nacionalidade perante a legislação pátria, tornando a discussão do tema relevante e atual.

Entende-se que nacionalidade é o vínculo jurídico que liga um indivíduo a um determinado Estado, onde este indivíduo é incluído a sociedade obtendo direitos e deveres perante a Lei do Estado do qual é pertencente. A nacionalidade pode ser definida de duas formas: primária (o indivíduo adquire sem condição de escolha, ou seja, adquire ao nascer) e secundária (nacionalidade da qual o indivíduo adquire após o nascimento, por serem estrangeiros, considerados naturalizados) (Martins, 2018). Sendo Moreira (2018, p. 10) nacionalidade é definida da seguinte forma:

A nacionalidade é um direito de personalidade, sendo um direito fundamental que estabelece um vínculo entre o Estado e a pessoa, não só jurídico, mas também político. Direitos fundamentais são direitos considerados básicos a qualquer indivíduo, independentemente de qualquer característica específica que ele possa obter. São um conjunto de direitos dos seres humanos irrenunciáveis submetidos a uma ordem jurídica maior.

Moreira (2018) diz que existem critérios para aquisição de nacionalidade e, a cultura dos países, é considerável para sua obtenção, destacando que existem critérios que são empregados pelos países na atribuição de nacionalidade originária, ou seja, "o jus sanguinis e o jus soli". Sabe-se, conforme é pautado por Moreira (2018) que a nacionalidade jus sanguinis reinou de forma quase absoluta ao longo da História, e ainda

é predominante na maioria dos países, em especial, nos países europeus, quando assolados pelas guerras e pobreza. Moreira(2018, p. 15) nesse contexto destaca:

Tal fato, ocorrido com frequência nos séculos XIX e XX, trouxe expressivo número de italianos, alemães e japoneses para o continente americano, inclusive para o Brasil. Embora não mais persista essa situação, devido ao período de prosperidade vivido pelos Estados de onde provieram esses imigrantes, o jus sanguinis permanece nas suasordens jurídicas como critério de atribuição de nacionalidade.

Por outro lado, a atribuição de nacionalidade jus soli se importava com o critério democrático, ou seja, não existia discriminação aos estrangeiros pelo motivo dos seus genitores não fossem oriundos do país que eles nasceram. Segundo Moreira (2018) esta forma de atribuir nacionalidade se consagrou no período feudal, para manter as pessoas presas à terra.

Trata-se do método de eleição dos Estados novos ou em fase de desenvolvimento, onde impera a necessidade de formação de uma população nacional; daí ser adotado pelos países do continente americano. Na fase inicial da vida de um Estado, seria inconcebível a adoção do jus sanguinis, por ser reduzido o número de nacionais e necessárias várias gerações para seu crescimento adequado, sempre desejável. Os países que recebem muitos imigrantes também costumam adotar o jus soli, a fim de propiciar a integração dos descendentes na vida nacional (Del'olmo apud MOREIRA, 2018, p. 15).

De forma objetiva, pode-se conceituar a nacionalidade em originária, ou involuntária eadquirida, derivada ou voluntária. De acordo com Lenza (2006, p. 490 apud Júnior, Braga e Oliveira, 2013, p. 4), a nacionalidade originária é imposta, de maneira unilateral, independentemente da vontade do indivíduo, pelo Estado, no momento do nascimento, ou seja, independente do querer ou não, o indivíduo terá a nacionalidade de onde ele nasceu, conforme o lugar de onde origina.

Júnior, Braga e Oliveira (2013) salientam que nacionalidade originária é representada pelo jus soli e o jus sanguinis, à medida que a derivada é composta pelo jus domicilii, jus laboris ou pela naturalização do indivíduo, sempre de acordo com critérios internos de cada país, ou seja, conforme as leis de cada país, seja por exigência de trabalho, para morar, ou por ter parentes familiares que nasceram em aquele país do qual busca-se por naturalização, por reconhecimento.

A nacionalidade involuntária será denominada mista ou híbrida quando conjugar

mais de um critério para a determinação de sua aquisição, como é pautada por Júnior, Braga e Oliveira (2013), ou seja, trata-se de uma combinação de critérios, como por exemplo, a utilização do sistema do jus soli e do jus sanguinis.

Sabe-se que a identidade cultural, as tradições definem um povo, sendo que, quando se refere ao povo brasileiro, não somente a brasiliade define o brasileiro, é necessário o entendimento de Território, de parentela. Nesse contexto, o conceito nacionalidade na Constituição Federal de 1988, no Artigo 12, Capítulo III, é pautado sobre os brasileiros natos, naturalizados e suas especificidades. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 define brasileiros da seguinte forma:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. § 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição. (Brasil, 1988).

Considera-se importante o entendimento dos conceitos de brasileiro nato e naturalizado. Nesse contexto, Masson, Santos e Brito (2018) afirmam que o brasileiro nato é definido da seguinte forma: a) qualquer pessoa que nasceu em solo brasileiro; b) filho de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço do país de origem; c) filho de pais brasileiros, nascido no exterior, desde que os pais não estejam a serviço do país; c) filho de pais brasileiros natos, nascido no exterior, e um dos pais esteja a serviço do Brasil.

O Art. 12 da Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) ressalta também que é permitido que filho de pais brasileiros natos que residem no exterior, e que não estejam a serviço do país, registrem a criança em uma repartição brasileira. Sendo que, se o filho não foi registrado no Brasil, e este quando atingir a maioridade e vier a residir no Brasil,

pode optar pela nacionalidade brasileira, bem como no Art. 63 da Lei Brasileira de Migração de nº 13.445, de 24 de maio de 2017 pauta que " O filho de pai ou de mãe brasileiro nascido no exterior e que não tenha sido registrado em repartição consular poderá, a qualquer tempo, promover ação de opção de nacionalidade" (Brasil, 2018).

Julga-se importante saber que no Art. 64 da Lei Brasileira de Migração de nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Brasil, 2017) é ressaltado que a naturalização de estrangeiro em solo brasileiro podem ser: I – ordinária; II – extraordinária; III – IV – especial; ou V – provisória.

Nessa direção, o brasileiro naturalizado é definido no inciso II, do Art. 12 da Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) da seguinte forma:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira .§ 1º - Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos nesta Constituição. § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Sendo assim, vale ressaltar que o Art. 12 da Constituição Federal Brasileira (1988) foi alterado no que tange a perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição de outra nacionalidade (Brasil, 2023), ou seja, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 131, de 2023, houve mudanças nas regras de perda de nacionalidade brasileira contidas no Art. 12 da Constituição Federal Brasileira de 1988, desta forma, com a nova redação do Art. 12, a mera aquisição de outra nacionalidade não leva mais a perda da nacionalidade brasileira. Sendo assim, observa-se que esta ficará restrita a duas possibilidades: quando houver pedido expresso do cidadão, ressalvadas situações que acarretem apátrida, ou seja, quando a pessoa não tem nacionalidade reconhecida por nenhum outro país; e se houver sentença judicial nesse sentido, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Sendo assim, entende-se que ter uma nacionalidade ou naturalização significa ter

autonomia na tomada de decisões, exigindo os direitos e cumprindo os deveres perante as esferas jurídica, política, social dentro do Estado em que se vive. Júnior, Braga e Oliveira (2013) pontuam que “A competência para conhecer e julgar o processo de cancelamento da naturalização é da Justiça Federal, por força do disposto no artigo 109, inciso X, da CF/88” (JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p. 12).

Desta forma, a perda de nacionalidade recai somente sobre brasileiros naturalizados e o processo de extradição, conforme Constituição Federal de 1988, se efetiva quando brasileiros naturalizados cometem crimes praticados antes da naturalização, e tráfico de drogas antes ou depois da naturalização. É importante entender o sentido de ter nacionalidade e perdê-la, e como consequência, da perda desta, a possibilidade de extradição. Moreira (2018) salienta que no Brasil é estabelecido as formas de nacionalidade e sua aquisição, sendo que esta, pode ser de forma originária ou derivada.

Conforme Junior, Braga e Oliveira (2013) pauta que o ex nunc se caracteriza pela decisão da própria pessoa em cancelar a naturalização, assumindo desta forma, a perda da nacionalidade do indivíduo. Sendo assim, os efeitos ex nunc significa que o naturalizado perde somente sua nacionalidade a partir da data da sentença transitada em julgado.

Observa-se que “O Estado brasileiro, porém, não pode tomar a nacionalidade do seu nato” (JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2013, p.4). Desde que, o brasileiro nato expresse a vontade de perder a sua nacionalidade originária e adquirir outra nacionalidade derivada. Dantedesta realidade, é necessário que exista um processo judicial, visto que a perda da nacionalidadedeserá decretada por meio de processo administrativo e oficializada mediante Decreto Presidencial, sendo seus efeitos, também, ex nunc. Vale ressaltar que os requisitos para que brasileiros natos percam a sua nacionalidade são os seguintes: voluntariedade da conduta, capacidade civil do interessado e aquisição da nacionalidade estrangeira.

Dante do exposto, em um processo de extradição, a nacionalidade do julgado é crucial, pois sabe-se que à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 nenhum brasileiro nato será extraditado, deste que este não tenha perdido sua nacionalidade originária por

meio de uma manifestação voluntária. Nessa perspectiva, nos processos de extradição julga-se importante saber sobre o processo de nacionalidade, de naturalização nos casos julgados.

3. PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

Entende-se que a extradição realizar-se-á mediante a um tratado e reciprocidade entre os países envolvidos dos quais o julgado possui nacionalidade e ou cidadania. Conforme Gomese Almeida (2018) ressaltam que é relevante no instituto de extradição entender os princípios de formulação e concretização dos tratados entre os Estados, sendo que, a concessão da extradição decorre da existência da reciprocidade ou da celebração de um tratado. Vale lembrar que segundo Gomes e Almeida (2018) com a existência do tratado as prerrogativas devem ser cumpridas, sob pena de ensejar a responsabilidade internacional do Estado, onde somente com as condições previstas no tratado é que podem deixar de ser cumprido.

Desta forma, a extradição é um processo do qual se efetiva mediante a existência de um acordo, onde o Direito Internacional Público direciona as ações cabíveis para que o diálogo entre os entes envolvidos se torne uma realidade dentro das condutas do respeito dos direitos humanos, para a manutenção da paz e segurança. Segundo Moreira (2018) a extradição deve ser vista como um processo que envolve a relação entre os Estados, sendo assim, não vale, não é suficiente a vontade de um dos lados, ou seja, respeitar somente a vontade do Estado requerente, é necessário que exista o consenso entre os dois Estados: Requerente e Requerido.

Leão (2013) salienta que a extradição no Brasil não se limita aos países com os quais possui tratado, tais como: Estados Unidos, China, grande parte dos países da Europa, e países do Mercosul, mas também com países que não tem tratado com o Brasil, por exemplo, Lituânia, Mônaco, Afeganistão e Islândia. Sendo assim, o processo é analisado nas esferas administrativa e judiciária, onde o pedido é analisado pelo Ministério das

Relações Exteriores e encaminhado ao Ministério da Justiça.

Bezerra e Sousa (2016) salientam que o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para julgar ações no âmbito da extradição, sendo que o Presidente da República dá a palavra final sobre a execução do processo de extradição. No que tange aos entes envolvidos, a extradição se divide em ativa e passiva. Conceitua a ativa quando o Brasil, por exemplo, é o requerente e a passiva quando um Estado soberano faz o pedido ao Brasil.

Brasileiros natos não podem ser extraditados como foi salientado anteriormente, e nestadireção sabe-se existe “à proibição de extraditar brasileiro nato, ou seja, cidadão que tenha sua nacionalidade de forma originária, seja ela jus sanguinis, quando decorrente de laços hereditários, ou jus soli, quando consolidada com nascimento em terra brasileira” (Moreira, 2018, p. 8), configurado no “Caso do jogador Robinho”.

Sendo que a extradição é uma realidade quando a perda da nacionalidade brasileira por naturalização voluntária, configurado no “Caso Cláudia Hoerig: A perda da nacionalidade de brasileiro nato” ressaltado por Bezerra e Sousa (2016).

Nessa direção a nacionalidade pode ser nata ou adquirida, ou seja, respectivamente originária e derivada, sendo que “A aquisição originária se dá por jus soli e jus sanguinis, porque nasceu no território e dele ganha sua nacionalidade e por quem ganha sua nacionalidade decorrente de herança familiar” (MOREIRA, 2018, p. 12).

Conforme a Lei Brasileira de Migração nº 13.445, de 24 de maio de 2017, em seu Artigo 81 “A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pelo qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaiu condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso” (Brasil, 2017), e Moreira (2018, p. 18) salienta que a:

[...] extradição é o ponto de encontro entre o direito internacional e o direito penal. Não trata apenas da esfera criminal, mas sim da forma como os Estados lidam com ela. Por mais que a atitude criminosa decorra especificamente da ação de um indivíduo em outro território, o instituto da extradição é baseado, na verdade, na relação entre os dois Estados e suas soberanias. Espelha um aspecto não só jurídico, mas político.

Desta forma, extraditar significa cooperar configurando-se na cooperação entre

dois entes, dois Estados, de forma bilateral e até multilaterais. Interrelacionando o Direito Internacional, mediante a um processo penal. Com a intenção de punir o criminoso para que cumpra a pena no País onde o crime foi cometido.

No Brasil a extradição realiza-se nas seguintes formas, segundo Moreira (2018, p. 20) aextradição no Brasil no Brasil pode ocorrer de forma instrutória e executória, onde a primeira se importa em investigar e colher provas para que o indivíduo para que este possa ser processadoe julgado em terras estrangeiras. A extradição executória e a forma de efetivar o que foi tratadona fase instrutória, ou seja, é a prática da teoria, onde o réu foi investigado, julgado e condenado,somente restando que a pena seja executada. Nessa direção, o Artigo 82, da Lei de Migração Brasileira (Brasil, 2017, p. 17) pauta sobre a não concessão de extradição quando:

I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato; II - o fato quemotivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; III - oBrasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos; V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenadoou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI - a punibilidadeestiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; VII - o fato constituir crime político ou de opinião; VIII - o extraditando tiver deresponder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de1997 , ou de asilo territorial. § 1º A previsão constante do inciso VII do caput não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. § 2º Caberá à autoridade judiciária competente a apreciação do caráter da infração. § 3º Para determinação da incidência do disposto no inciso I, será observada,nos casos de aquisição de outra nacionalidade por naturalização, a anterioridade do fato gerador da extradição. § 4º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades,bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio eterorismo. § 5º Admite-se a extradição de brasileiro naturalizado, nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

Diante do exposto, faz-se necessário pontuar que é uma realidade a extradição de brasileiros que cometaram crime no exterior. O que contribuiu no julgamento e veredito do Supremo Tribunal Federal e do Poder Executivo Brasileiro, foi a opção de perda voluntária pelaperda da nacionalidade brasileira do julgado, ou seja, do réu (Amorim, Dias, 2019).

Portanto, define-se na Lei de Migração Brasileira de nº 13.445, de 24 de maio de

2017 (Brasil, 2017), no inciso II, do Art. 1º, que emigrante é o brasileiro que optou por morar temporária ou definitivamente no exterior. No Art. 77 cita os seguintes princípios e diretrizespautados às políticas públicas voltadas ao emigrante:

I – proteção e prestação de assistência consular por meio das representações do Brasil no exterior; II – promoção de condições de vida digna, por meio, entre outros, da facilitação do registro consular e da prestação de serviços consulares relativos às áreas de educação, saúde, trabalho, previdência social e cultura; III – promoção de estudos e pesquisas sobre os emigrantes e as comunidades de brasileiros no exterior, a fim de subsidiar a formulação de políticas públicas; IV – atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral, em defesa dos direitos do emigrante brasileiro, conforme o direito internacional; V – ação governamental integrada, com a participação de órgãos do governo com atuação nas áreas temáticas mencionadas nos incisos I, II, III e IV, visando a assistir as comunidades brasileiras no exterior; e VI – esforço permanente de desburocratização, atualização e modernização do sistema de atendimento, com o objetivo de aprimorar a assistência ao emigrante (Brasil, 2017 p.30).

Portanto, nota-se que na Constituição Federal Brasileira (Brasil, 1988) é vedada expressamente a extradição de brasileiro nato, configurando somente o processo de extradição para os brasileiros naturalizados. Sendo que no bojo da Lei de Migração Brasileira (2017) conceitos dos direitos humanos, bem como a proteção e segurança do brasileiro que estiver sendo julgado e vale ressaltar o Moreira (2018, p. 24) salienta sobre o processo de extradição:

Não é somente a extradição de brasileiro nato que possui vedação expressa no ordenamento. O artigo 82 da Lei de Migração especifica a proibição de deferir pedido de extradição quando o ato investigado não configurar crime no Brasil ou no país postulante, ou, quando, de fato, a ação do suposto criminoso configurar infração penal, o Brasil apresentar competência para julgar o crime. Também é prevista a proibição em se conceder a extradição quando o crime objeto for previsto na lei brasileira com pena imputada inferior a 2 (dois) anos. Se o réu já estiver sendo investigado ou já tiver sido julgado pelo mesmo fato que fundamenta o pedido de extradição, a mesma não poderá ser concedida. Da mesma forma ocorrerá quando o fato constituir crime político ou de opinião, ou quando a punibilidade do crime já estiver prescrita, seja de acordo com o Brasil, seja de acordo com a lei do país requerente. Além do mais, o Governo não pode extraditar estrangeiro a quem tiver concedido asilo político ou refúgio ou quem responder perante tribunal ou juízo de exceção.

Desta forma torna-se importante entender as premissas e princípios das Leis que direcionam as regras jurídicas no que tange as relações e tratados entre os países, a proteção aos direitos e deveres dos migrantes e emigrantes. No Brasil o processo extradiacional, segundo Moreira (2018, p. 24) se efetiva da seguinte forma:

O processo extradicional no Brasil se resume em uma fase administrativa e outra fase jurisdicional. Primeiramente, o país interessado deve requerer a extradição do estrangeiro e o pedido será encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores, que poderá dar ou negar seguimento ao ato. Por configurar matéria de direito fundamental com já apontado previamente, o pedido seguirá para o Supremo Tribunal Federal. Serecebido o pedido, o presidente do STF decretará a prisão preventiva do extraditando, dando, de fato, início ao processo. O pedido será analisado e entregue ao Presidente da República, que efetivará ou não a extradição.

Entretanto, a Carta Magna, preceitua sobre o status de "ex-nato", ou seja, a possibilidade de perda de nacionalidade brasileira de maneira voluntária. Nessa direção, o que preceitua o § 4º, inciso I, é "a perda da nacionalidade do brasileiro que tiver sua naturalização cancelada, por sentença judicial, válida e eficaz, obedecido devido o processo legal, em decorrência do exercício de atividade nociva ao interesse nacional" (Amorim; Dias, 2023, p. 2).

Em decisão recente, a 1ª Turma do STF, em 28.03.2017, deferiu o pedido de extradição de Cláudia Cristina Sobral, brasileira nata, a pedido do Governo dos Estados Unidos da América (EUA), acusada de assassinato do marido norte-americano, no Estado de Ohio, em 2007; diante de sua renúncia voluntária à nacionalidade brasileira ao adquirir a nacionalidade norte-americana em 1.999. O Relator, Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, mencionou em seu Voto, a decisão proferida pela respectiva Turma, no julgamento do Mandado de Segurança (MS)338964, em Abril de 2016. Na ocasião, a defesa de Cláudia Cristina Sobral questionara a Portaria do Ministério da Justiça, na qual fora declarada a perdida nacionalidade brasileira, em virtude da aquisição voluntária de nova nacionalidade. As exceções a que se refere a CF/88, em seu Art. 12, § 4º, Inciso II, tratam do reconhecimento da nacionalidade originária pelo país estrangeiro, nos casos de imposição da naturalização como condição para permanência para o exercício de direitos em outro país (Amorim; Dias, 2019, p. 8).

Com o fluxo de pessoas indo e vindo imigrando, migrando e emigrando o Direito Internacional torna-se a ferramenta mediadora entre os países voltada a conciliar, resolver os problemas, defender, acusar a luz dos Direitos Humanos as condutas das pessoas que fazem parte desse movimento.

Sendo assim, conforme aumenta o número de brasileiros imigrando para o exterior, consequentemente a probabilidade de aumentar o número de brasileiros emigrantes é uma realidade e segundo Silva, Rigo e Freitas (2012) o processo de naturalização e dupla cidadania vem ganhando visibilidade. Vale ressaltar que "A nacionalidade brasileira pode ser perdida por cancelamento judicial da naturalização, em virtude da prática de ato nocivo ao interesse nacional quando se tratar de brasileiros

naturalizados ou por aquisição voluntária de outra nacionalidade" (Moreira, 2018, p. 26)

Kindermann (2022) afirma que as relações internacionais entre os Países acontecem com mais segurança e este se divide em Direito Internacional Público e Privado. Segundo a autora, o Direito Internacional Público cuida dos interesses internacionais que envolvem os países, bem como, os interesses das instituições e das pessoas perante os países, no que tange garantir a paz e diminuir os conflitos.

Sendo assim, é interessante a interligação da teoria com a prática, ou seja, o tema extradição tornar-se-á mais concreto quando este for realizado por meio de estudos de casos. Por meio do conhecimento das causas e dos efeitos sob a pena de extradição ou não de brasileiros natos do Brasil.

CONCLUSÃO

Quando se fala do processo de extradição é importante entender como este se efetiva, bem como a perda da nacionalidade, dos tratados influencia no processo de extradição, em especial, de brasileiros do Brasil. Em um meio globalizado onde informações geradas chegam ao conhecimento de toda população de forma relâmpago, sendo assim, julga-se necessário a informação correta e a consolidação do diálogo entre os Estados Requerente e Requerido. Sabe-se que o diálogo em qualquer relação, seja financeira, administrativa, e nesse caso, diplomática envolvendo Estados, Territórios, Países, o dialogar, o conhecer a fim de garantir os direitos do indivíduo e a manutenção da paz é de suma importância.

Nota-se que o processo de extradição em primeira instância traz a luz os interesses dos Países envolvidos em corrigir, em sentenciar ações erradas cometidas por um indivíduo em solo estrangeiro. Entende-se que o indivíduo cometeu um ato errado em um país e volta ao seu país de origem sem resolver um problema causado por uma infração da qual perante a sociedade é ilícita. Sendo assim, percebe-se que o processo de extradição é um dos meios de garantia que o Direito Internacional tenha existência.

No entanto, julga-se necessário um amplo conhecimento de todas as esferas envolvidas em determinado caso de extradição, com as provas salvo às exceções, e que os direitos humanos do indivíduo sejam estabelecidos conforme pauta o Direito Internacional e a Declaração dos Direitos Humanos.

Sendo assim, o assunto pautado no presente estudo traz em seu bojo a necessidade de conhecimento da extradição de brasileiros natos, suas especificidades e exceções. Julga-se necessário entender que o brasileiro nato, conforme a Constituição Federal de 1988 e Lei de Migração não será extraditado do Brasil, salvo algumas exceções, como por exemplo: o “Caso Cláudia Hoerig: A perda da nacionalidade de brasileiro nato” ressaltado por Bezerra e Sousa (2016) traz uma exceção, uma brasileira nata extraditada do Brasil para os Estados Unidos por escolher de forma voluntária ser americana e, desta forma, foi extraditada do Brasil para cumprir a pena nos Estados Unidos por assassinar o marido americano em 2007.

Sabe-se que “A nacionalidade, no Brasil, pode ser adquirida tanto pelo vínculo pessoal como pelo vínculo territorial, mas pode ser perdida nas hipóteses constitucionalmente previstas, fundadas na soberania do Estado” (Bezerra e Sousa, 2016, p. 1). Desta forma, o presente estudo traz a perspectiva e importância do entendimento do conceito extradição em sua amplitude, em diferentes casos e suas exceções, interligados a perda da nacionalidade originária por uma manifestação voluntária.

Em linha geral, sabe-se que o processo de extradição envolve uma complexidade de fatos, onde o Direito Internacional direciona as ações, viabilizando a imparcialidade por meio do respeito aos direitos humanos na busca da paz e segurança entre os entes envolvidos.

Mas de modo geral, nenhum brasileiro nato será extraditado, sendo “exceções” os casos em que brasileiros natos foram extraditados, desta forma, para efetivação de futuros estudos, nota-se a importância de desenvolver pesquisas voltados aos casos de brasileiros que foram extraditados do Brasil, pois cada caso é um caso.

THE EXTRADITION OF BRAZILIANS: AN ANALYSIS OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 COMBINED WITH THE MIGRATION LAW

ABSTRACT

The present study aims to enable the understanding of the extradition process of Brazilians, where the analysis focuses on the contextualization of the Federal Constitution (1988) combined with the Brazilian Migration Law No. 13,445, of May 24, 2017. To understand the issues related to the extradition process, as well as native Brazilians, we started with the question: What are the procedures and conditions that allow the extradition of Brazilians from Brazil? The method used in the present study is carried out through bibliographic literature. It is concluded that knowledge of the Laws that guide and contextualize International Law on the part of immigrants, migrants and emigrants is of paramount importance about protection, security, human rights, as well as the development of autonomy, especially when refers to the concept of nationality and extradition.

Keywords: Nationality. Extradition. Brazilian. Born. Immigration.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aleissa Lima de; DIAS, Eliotério Fachin. A Extradição de Brasileiro Nato: Uma Análise da Constituição Federal de 1988 e sua aplicabilidade. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3052/2364>. Acesso em: 20 out. 2023.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 131 de 03 de outubro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc131.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Tratado de Extradição Decreto de 2.347, de 10 de outubro de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2347.htm. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Tratados de Extradição, vol. 4. Ministério Público Federal: Secretaria de Cooperação Internacional. Disponível em: <https://memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/tratados-de-extradicao>. Acesso em: 1 out. 2023.

BRASIL. Lei de Migração de nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 2 out. 2023.

CAMPOS, Diego Araujo; TÁVORA, Fabiano. Direito Internacional: público, privado e comercial. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Direito internacional Público e privado. 4^a Ed. São Paulo: Editor Juspodíum, 2017.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6^a Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

JÚNIOR, Fernando Gonçalves Coelho. BRAGA, Ronaldo Passos. OLIVEIRA, Valéria Edith Carvalho. A possibilidade da perda da nacionalidade por parte do brasileiro nato, 2013. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/normas-de-publicacao/>. Acesso em: 10 mai. 2024.

LEMOS, Mariana Cruz de. Quem não pode ser extraditado para Europa, 2023. Disponível em: <https://koetzadvocacia.com.br/quem-nao-pode-ser-extraditado-para-europa/>. Acesso em: 3 out. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de Pesquisa. 5^a Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MARTINS, Amanda. A lei pode estabelecer diferença entre brasileiros natos e naturalizados? Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-lei-pode-estabelecer-diferenca-entre-brasileiros-natos-e-naturalizados/657931077>. Acesso em: 10 out. 2023.

MASSON, Laiane Vicente; SANTOS, Mariane Oliveira dos; Déborah C. Domingues De Brito. Extradicação de Brasileiro Nato: Caso Claudia Cristina Sobral, Extradition of Brazilian Nato. Disponível em:
<file:///C:/Users/Rosangela/Downloads/administrador,+10+Exradi%C3%A7%C3%A3o+de+b+rasileiro-136+a+152.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

MOREIRA, Sarah Piancastelli. Direitos de Nacionalidade e Extradicação: A perda da nacionalidade brasileira por naturalização voluntária e o processo extraditional, Brasília, 2018. Disponível em: repositório.
<Uniceub.br/jsupui/bitstream/prefix/12897/1/21423587.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2024.

NEGREIROS, Alexandre. Extradicação mutilada de dois atos: o caso Claudia Hoerig. Caderno Virtual, v. 4 n. 49, 2020.

SILVA, Daniel Vidinha da; RIGO, Luiz Carlos; FREITAS, Gustavo da Silva. Considerações sobre a migração, a naturalização e a dupla cidadania de jogadores de futebol - Considerations about migration, dual citizenship and naturalization of football players. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/refuem/a/MK4TPfsCJN4rKTP5FfP596g/>. Acesso em: 18 de outubro de 2023.

VELLOSO, Mariele; ZUCARE, Claudia. Imigrantes brasileiros na Europa: conheça os

números atuais, 2020. Disponível em: <https://www.eurodicas.com.br/imigrantes-brasileiros-na-europa>. Acesso em: 6 out. 2023.

ALÉM DO VEREDICTO: UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA INTUITIVA E DOS ARGUMENTOS METAJURÍDICOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Lauany Gonçalves Oliveira⁴

Maria Eduarda Porto⁵

Mylena Seabra Toschi⁶

RESUMO

O presente artigo investiga a complexa interação entre a lei e a subjetividade humana no contexto do Tribunal do Júri. O objetivo é analisar como a justiça intuitiva e os argumentos metajurídicos influenciam as decisões dos jurados. O estudo examina a estrutura e os princípios fundamentais do Tribunal do Júri, destacando a relevância da metajuridicidade, especialmente no uso de cartas psicografadas como prova judicial. A metodologia inclui uma revisão teórica dos conceitos de justiça intuitiva e íntima convicção, bem como uma análise crítica de casos concretos onde esses elementos foram determinantes. Os resultados revelam que, embora os argumentos metajurídicos possam enriquecer a percepção dos jurados, eles também introduzem um grau de subjetividade que pode afastar as decisões dos princípios legais estabelecidos. Conclui-se que a falta de fundamentação explícita nas decisões baseadas na intuição dos jurados é um ponto crítico, levantando questões sobre a transparência e a equidade do processo judicial. O artigo recomenda um equilíbrio entre a consideração de elementos metajurídicos e a necessidade de fundamentação clara das decisões, visando fortalecer a justiça no Tribunal do Júri.

PALAVRAS-CHAVE: Metajuridicidade. Tribunal do Júri. Psicografia.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é uma arena onde a justiça se desdobra diante dos olhos dos jurados, mesclando a aplicação rigorosa da lei com a subjetividade humana. Este artigo explora essa dinâmica complexa. Analisamos a relevância do Tribunal do Júri no sistema judiciário, abordando os princípios fundamentais que o sustentam e a importância da metajuridicidade em suas deliberações.

O estudo foca, particularmente, na utilização de argumentos metajurídicos, como as cartas psicografadas, e discute suas implicações e controvérsias. Além disso, o artigo investiga o princípio da íntima convicção dos jurados, questionando o papel da intuição nas decisões judiciais e as consequências da falta de fundamentação explícita nas sentenças.

⁴ Aluno do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: lauanygoliveira1245@gmail.com

⁵ Aluno do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: dudaporto1245@gmail.com

⁶ Docente do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: mstoschi@hotmail.com

O objetivo deste trabalho é oferecer uma reflexão crítica sobre a justiça intuitiva e os argumentos metajurídicos no Tribunal do Júri, propondo uma análise que possa enriquecer o entendimento e a administração da justiça no Brasil.

1. TRIBUNAL DO JÚRI: ESTRUTURA, PRINCÍPIOS E IMPLICAÇÕES NO JULGAMENTO

1.1. A Relevância do Tribunal do Júri como um instituto e órgão do Poder Judiciário

A história do Tribunal do Júri é envolta em uma névoa de incertezas doutrinárias, mas é inegável que suas origens remontam a uma era permeada por superstições e convicções populares, onde invocar a divindade para o julgamento era uma prática comum. A própria etimologia da palavra "júri", derivada de "juramento", ressalta essa conexão com a invocação de Deus como testemunha nos processos judiciais.

Embora haja divergências sobre suas origens exatas, é amplamente aceito pela doutrina que o Tribunal do Júri, tal como o conhecemos hoje, teve sua verdadeira gênese na Inglaterra. Esse marco histórico ocorreu após o Concílio de Latrão, em 1215, que aboliu as ordálias ou Juízos de Deus, substituindo-os pelo conselho de jurados, uma mudança significativa que marcou o surgimento do sistema de julgamento por pares.

No contexto brasileiro, a introdução do Tribunal do Júri foi fortemente influenciada pela tradição jurídica inglesa, fruto da estreita relação entre Portugal e Inglaterra. Durante o período em que a família real portuguesa residiu no Brasil, uma série de costumes e instituições europeias foram adotados. A Lei de 18 de junho de 1822 foi o primeiro documento legal a regular o Tribunal do Júri no Brasil, restringindo sua competência aos crimes de imprensa.

O Tribunal do Júri foi inicialmente composto por Juízes de Fato, selecionados entre vinte e quatro cidadãos respeitáveis, patriotas e instruídos (Azevedo, 2007). Sua nomeação era realizada pelo Corregedor e Ouvidores do crime, sob requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que desempenhava o papel de Promotor e Fiscal dos delitos.

Ao longo do tempo, o Tribunal do Júri passou por diversas transformações legislativas, refletindo as mudanças sociais e políticas do país. Com a Constituição Imperial de 1824, o Júri foi oficialmente integrado ao Poder Judiciário, ampliando sua competência para o julgamento de causas cíveis e criminais. Esse período marcou um avanço significativo na consolidação do sistema jurídico brasileiro, conferindo independência ao Judiciário e estabelecendo o Júri como uma instituição fundamental.

No entanto, as reformas não pararam por aí. O Código de Processo Penal de 1832 introduziu importantes inovações nos procedimentos do Tribunal do Júri, ampliando sua competência e fortalecendo sua estrutura. Posteriormente, a Lei nº 261 de 1841 trouxe novas alterações, como a extinção do Júri de acusação e a redefinição do quórum necessário para as decisões.

A evolução do Tribunal do Júri continuou ao longo do período republicano, com a promulgação de novas constituições e leis que consolidaram sua importância no sistema jurídico brasileiro. A criação do Júri Federal em 1890 e as subsequentes reformas legislativas refletiram o compromisso do Estado em garantir um julgamento justo e imparcial para todos os cidadãos.

No entanto, nem sempre o Tribunal do Júri gozou de prestígio e autonomia. Durante a ditadura de Getúlio Vargas, várias medidas foram tomadas para restringir sua influência e soberania. O Decreto-Lei nº 167 de 1938 representou um duro golpe para o Júri, limitando sua competência e enfraquecendo sua autoridade. Felizmente, com o advento da Constituição Federal de 1946, a soberania do Júri foi restaurada, garantindo sua posição como uma das instituições fundamentais do Estado democrático de direito. Desde então, o Tribunal do Júri tem desempenhado um papel crucial na proteção dos direitos individuais e na promoção da justiça social.

A Instituição do Tribunal do Júri é reverenciada em quase todas as legislações globais. No Brasil, sua força normativa é destacada, sendo considerada pela jurisprudência como um preceito constitucional inalienável, que não pode ser eliminado mesmo por meio de emendas constitucionais.

O Tribunal do Júri é um órgão primário da Justiça Comum, com jurisdição tanto estadual quanto federal. Ele é composto por um juiz de direito, que atua como presidente, e vinte e um jurados, sendo sete deles membros do conselho de sentença, responsável pelo julgamento exclusivo de determinados crimes. Essa instituição é tanto popular quanto democrática, existindo no país antes mesmo da Proclamação da República. No entanto, é um assunto controverso no campo do direito penal, devido à sua responsabilidade no julgamento de crimes dolosos contra a vida, o que gerou debates acalorados entre defensores e críticos do Tribunal do Júri.

Na Constituição Federal, as disposições relacionadas ao Tribunal do Júri estão incluídas no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, no artigo 5º, inciso XXXVIII.

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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (Brasil, 1988).

Por ser uma instituição de julgamento composta por cidadãos comuns convocados para esse dever cívico, o Tribunal do Júri é uma representação direta do povo. Conforme observado por Nucci (1999), ele é uma garantia do devido processo legal, que, por sua vez, protege o direito à liberdade. A Constituição Federal (Brasil, 1988) reconhece o Tribunal do Júri como um dos pilares dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo os fundamentos essenciais que o sustentam.

Dessa forma, a relevância do Tribunal do Júri é ressaltada por Guilherme de Souza Nucci, que afirma que "as decisões do júri têm maior probabilidade de aceitação pela sociedade, pois refletem a vontade do povo" (Nucci, 1999, p. 39). Em resumo, a história do Tribunal do Júri no Brasil é uma jornada marcada por desafios e conquistas. Desde suas origens na Inglaterra medieval até os dias atuais, o Júri tem sido um símbolo de democracia e justiça, garantindo que todos os cidadãos sejam julgados de acordo com a lei e os princípios fundamentais da equidade. Sua importância como instituição e órgão do Poder

Judiciário é indiscutível, refletindo o compromisso do Brasil com os valores democráticos e o Estado de direito.

1.2. O Princípio do contraditório e igualdade das partes

O período pós-guerra desencadeou a urgência de uma declaração global explícita dos direitos inerentes à condição humana por meio de documentos específicos. Tal necessidade não surgiu de forma aleatória, mas sim como resposta às inúmeras atrocidades e violações perpetradas por regimes tirânicos e ideologias injustas. O mundo testemunhou uma enxurrada de sofrimento que demandava uma ação internacional concertada para evitar sua repetição.

Como bem observado por Comparato (1999, p. 210), "As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana".

O marco inicial dessa jornada em prol dos direitos humanos processuais foi, indubitavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Este documento incorpora disposições de natureza processual, notadamente nos artigos 8º e 10º. Todavia, a DUDH não está sozinha. Um vasto leque de tratados, declarações e convenções sobre direitos humanos igualmente contempla diversas garantias processuais como componentes essenciais dos direitos humanos.

Sobre isso, Fredie Didier Jr. (2017, p. 54-55) afirma que:

Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.) [...].

Assim, o contraditório emerge como um direito humano processual fundamental, intrínseco ao devido processo legal. Essa perspectiva assume uma importância crucial, especialmente quando um Estado, como o Brasil, é signatário desses documentos. Ao

elevar o contraditório a esse patamar, é provável que o ordenamento jurídico interno adote uma postura mais protetiva em relação aos direitos fundamentais.

Ao elucidarmos o surgimento do princípio do contraditório, é importante esclarecer como ele atua no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito e princípio do devido processo legal são essenciais para garantir a justiça e a equidade nos procedimentos jurídicos. Eles asseguram que todas as partes envolvidas em um processo tenham a oportunidade de apresentar suas versões, argumentos, provas e contestações perante o tribunal ou autoridade competente, permitindo que as partes contrárias se manifestem e controlemativamente o processo, garantindo sua imparcialidade e transparência.

A importância do contraditório reside na sua capacidade de equilibrar o poder entre as partes e evitar arbitrariedades por parte das autoridades judiciais. Ele garante que nenhum indivíduo seja condenado ou tenha seus direitos afetados sem ter a oportunidade de se defender e de contestar as alegações feitas contra si. Além disso, o contraditório contribui para a elucidação dos fatos, uma vez que permite que todas as versões existentes sejam apresentadas e analisadas de forma imparcial, desempenhando um papel crucial na garantia dos direitos individuais, na proteção contra abusos de poder e na promoção da justiça e da equidade.

Ao lançarmos luz sobre outro princípio fundamental, o princípio da igualdade das partes no processo penal, torna-se claro que este é uma pedra angular do sistema jurídico, garantindo que tanto o acusado quanto o Estado possuam condições equitativas durante todo o desenrolar do processo penal. Esse princípio é vital para assegurar que a justiça seja alcançada de forma imparcial e que os direitos fundamentais de ambas as partes sejam respeitados.

No Brasil, esse princípio está consagrado na Constituição Federal, especialmente no artigo 5º, inciso LV, que estabelece que "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". Além disso, é reforçado pelo Código de Processo

Penal (Brasil, 1941) que estabelece as garantias fundamentais do acusado, tais como o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O reconhecimento da igualdade das partes no processo penal encontra respaldo na doutrina de diversos juristas. Por exemplo, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), em sua obra "Manual de Direito Penal Brasileiro", destaca a importância desse princípio para garantir a paridade de armas entre a acusação e a defesa, contribuindo para a efetividade do processo penal.

Outro autor relevante é Aury Lopes Jr. (2018), que em sua obra "Direito Processual Penal", aborda o princípio da igualdade das partes como um dos pilares do devido processo legal, ressaltando sua função em garantir que o acusado tenha condições justas de se defender perante o Estado.

Em teoria, a plenitude de defesa deveria proporcionar ao acusado a oportunidade de se defender de forma ampla e eficaz. No entanto, em alguns casos, como no tribunal do júri, essa plenitude pode permitir que o acusado utilize meios extrajurídicos, como fatores religiosos e sobrenaturais, para se defender. O problema surge quando tais meios não estão disponíveis para a acusação, criando assim uma desigualdade na apresentação de provas e argumentos.

Essa disparidade pode se contrapor ao princípio da igualdade das partes, uma vez que o acusado pode se valer de recursos que não estão ao alcance da acusação. Adicionalmente, a dificuldade enfrentada pela acusação ao contestar essas provas pode comprometer a eficácia do processo judicial. Nesse contexto, é relevante questionar a admissibilidade de tais provas extrajurídicas, particularmente as de natureza religiosa. Ao apelar para o sentimentalismo e crenças dos jurados, a defesa obtém uma vantagem substancial sobre a acusação e a sentença que determinará se a vítima terá justiça ou que o acusado é inocente não deveria ficar à mercê dos sentimentos e vivências pessoais dos membros do conselho de sentença.

Portanto, embora o princípio da igualdade das partes seja fundamental para garantir a justiça no processo penal, é importante reconhecer que sua aplicação pode ser

comprometida em algumas situações, especialmente quando erroneamente contrastada com a plenitude de defesa. Essas questões destacam a necessidade contínua de revisão e aprimoramento do sistema jurídico para garantir a equidade e a imparcialidade em todos os aspectos do processo penal.

1.3. O Princípio da Plenitude de Defesa

É notório que os direitos e garantias estipulados no artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988) demandam ser respeitados e incentivados pelo Estado. Nesse contexto, é válido lembrar que o Tribunal do Júri não apenas tem base constitucional, mas também é consistentemente posicionado como uma salvaguarda constitucional. Além do Tribunal do Júri, a Carta Magna brasileira consagra o princípio da plenitude de defesa no artigo 5º, inciso LXXXVIII, alínea a.

Este princípio é uma manifestação do direito fundamental à justiça e à garantia dos direitos individuais. Ele estipula que todas as partes em um processo judicial devem ter acesso irrestrito aos recursos e meios necessários para exercer uma defesa efetiva de seus interesses.

A plenitude de defesa compreende diversos elementos essenciais para garantir a imparcialidade e efetividade do procedimento legal. Entre eles estão: Acesso à Informação, Contraditório, Igualdade de Armas, Assistência Jurídica, Ampla Produção de Provas e Presunção de Inocência. O princípio da plenitude de defesa é crucial para proteger os direitos individuais e assegurar a justiça nos processos judiciais. Ele demonstra o compromisso do sistema jurídico em promover a equidade, a imparcialidade e a busca pela verdade processual, sendo vital para manter o Estado de Direito e os princípios democráticos em uma sociedade.

Seu cumprimento contribui significativamente para a confiança no sistema judicial e para o respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2013) ensina:

A expressão 'amplo' indica algo vasto, extenso, enquanto a expressão 'pleno' significa algo completo, perfeito. A ampla defesa reclama uma abundante atuação do defensor, ainda que não seja completa e perfeita. Contudo, a plenitude de defesa exige uma integral atuação defensiva, valendo-se o defensor de todos os instrumentos previstos em lei, evitando-se qualquer forma de cerceamento (NUCCI, 2013, p. 31).

Ademais, o princípio da plenitude de defesa pode ser desmembrado em defesa técnica e autodefesa. No que se refere à autodefesa, o acusado tem a prerrogativa de sustentar qualquer narrativa que julgue apropriada para sua defesa, bem como de permanecer em silêncio. Consequentemente, a autodefesa é reconhecida como um direito disponível, permitindo que o acusado confesse ou coopere com a acusação, caso assim deseje. Por sua vez, a defesa técnica se caracteriza pela necessidade de uma atuação completa e consistente por parte de seu defensor. Considerando que os jurados decidem com base em sua própria convicção, torna-se essencial que a defesa técnica não se limite a formalidades, mas seja verdadeiramente efetiva.

Observe que uma defesa ampla possui uma abrangência menor em comparação com uma defesa plena. Esta última, segundo Rodrigo Faucz e Daniel Ribeiro (2021, p. 138) precisa ser "completa, perfeita, absoluta, ou seja, deve ser oportunizada ao acusado a utilização de todas as formas legais de defesa possíveis, podendo causar, inclusive, um desequilíbrio em relação à acusação".

Sob esse prisma, ao garantir a plenitude de defesa, pode-se criar uma situação na qual a defesa tenha mais recursos e vantagens do que a acusação. Isso pode ser interpretado como um favorecimento injusto em favor do acusado, desequilibrando o processo judicial e comprometendo a imparcialidade do julgamento.

O desequilíbrio em favor da defesa pode resultar em um julgamento parcial e injusto, no qual as evidências e argumentos da acusação são subjugados pelos recursos e estratégias da defesa. Isso pode prejudicar a busca pela verdade e a garantia da responsabilização por atos criminosos, enfraquecendo a eficácia do sistema judicial como um todo.

Portanto, embora seja importante garantir a plenitude de defesa como um princípio fundamental do devido processo legal, é crucial também garantir que o equilíbrio entre as partes seja mantido, de modo a assegurar a justiça e a imparcialidade. Qualquer desequilíbrio significativo pode comprometer a integridade do processo judicial e minar a confiança pública na administração da justiça.

1.4. A Metajuridicidade e sua relevância no Tribunal do Júri

A metajuridicidade, ou extrajuridicidade, é uma característica intrínseca ao funcionamento do tribunal do júri, destacando-se como um dos pilares fundamentais que garantem a justeza e a legitimidade desse sistema de justiça. Neste contexto, sua importância reside na capacidade de alçar o julgamento para além dos limites estritamente legais, permitindo que o júri possa acessar e ponderar valores éticos, morais e sociais que permeiam a sociedade.

No tribunal do júri, o debate não se restringe apenas à aplicação fria da lei, mas se estende a uma análise profunda dos valores e princípios que norteiam a convivência em comunidade. A plenitude de defesa, ao garantir o direito do acusado de ser defendido de forma ampla e irrestrita, abre as portas para que questões que transcendem o campo jurídico possam ser levantadas e consideradas durante o processo.

Essa abertura para argumentos metajurídicos permite que o júri, composto por cidadãos leigos, traga para a mesa de julgamento suas próprias experiências, percepções e senso de justiça. Ao invés de se ater apenas aos aspectos técnicos do direito, o tribunal do júri se torna um espaço de diálogo entre o saber jurídico e o conhecimento de mundo dos jurados, enriquecendo assim a tomada de decisão.

Além disso, a metajuridicidade no tribunal do júri fortalece o caráter democrático do sistema judicial, ao permitir que a voz do povo, representada pelos jurados, tenha influência direta na administração da justiça. Dessa forma, a decisão final não é apenas

uma aplicação mecânica da lei, mas sim uma expressão da consciência coletiva e dos valores da sociedade em que o julgamento ocorre.

Portanto, a importância da extrajuridicidade no tribunal do júri reside na sua capacidade de enriquecer o processo de julgamento, tornando-o mais sensível às nuances da vida em sociedade e mais alinhado com os anseios de justiça da comunidade. Ao permitir que questões éticas, morais e sociais sejam consideradas, o tribunal do júri se consolida como um espaço onde a justiça não se limita às leis escritas, porém, essa temática suscita debates acerca de potenciais aspectos negativos que podem influenciar o veredito final.

Visto que, enquanto a abertura para considerações extrajurídicas pode enriquecer o debate e refletir os valores da comunidade, ela também pode introduzir elementos subjetivos e preconceitos que comprometem a imparcialidade e a justiça do processo. Um dos principais desafios da metajuridicidade no tribunal do júri é o risco de que questões emocionais e pessoais sobreponham-se à análise objetiva dos fatos e à aplicação da lei. Jurados podem ser influenciados por preconceitos, estereótipos e emoções, desviando-se do propósito de buscar a verdade e a justiça no julgamento.

Além disso, a falta de conhecimento técnico-jurídico por parte dos jurados pode levar a interpretações equivocadas dos elementos apresentados durante o processo. Decisões baseadas em intuições pessoais ou no apelo emocional de testemunhos podem resultar em vereditos inconsistentes ou injustos, prejudicando tanto o réu quanto a vítima.

Outro ponto crítico é a possibilidade de manipulação das emoções dos jurados por parte das partes envolvidas no processo. Advogados podem explorar narrativas enviesadas ou apelar para argumentos emocionais para influenciar a decisão dos jurados, desvirtuando assim a busca pela verdade e pela justiça.

Ademais, os argumentos extrajurídicos podem abrir espaço para a politização do julgamento, especialmente em casos de grande repercussão pública. Pressões externas, opiniões populares e agendas políticas podem exercer uma influência indevida sobre os

jurados, comprometendo a imparcialidade do veredito e minando a credibilidade do sistema judicial.

Para clarificar ainda mais esse tópico, devemos falar sobre os meios de prova admitidos em direito. Partindo do ponto que estas constituem o alicerce sobre o qual se ergue a busca pela verdade no processo judicial, torna-se importante mencionar que elas são os instrumentos pelos quais as partes buscam persuadir o Juiz julgador e os jurados, quando aplicável, da veracidade dos fatos alegados.

Nesse contexto, a amplitude dos meios de prova no processo penal brasileiro reflete o compromisso com o princípio da verdade real, que busca desvendar os acontecimentos conforme efetivamente ocorreram, sem limitações arbitrárias.

Embora o Código de Processo Penal apresente um rol exemplificativo de meios de prova nos artigos 158 a 250, a lei não impõe restrições rígidas quanto à sua utilização. Pelo contrário, admite-se a utilização de provas inominadas, ou seja, aquelas não expressamente previstas na legislação penal. Essa abertura reconhece a complexidade da realidade e a diversidade de situações que podem surgir durante o processo, permitindo que as partes utilizem recursos diversos para comprovar suas alegações.

É importante ressaltar que os meios de prova, sejam eles nominados ou inominados, devem ser avaliados com base em seu valor probatório e sua admissibilidade legal. A busca pela verdade não pode se sobrepor aos princípios éticos e constitucionais que regem o Estado de Direito. Portanto, há limites para a liberdade probatória, especialmente quando as provas em questão conflitam com a moralidade, a dignidade da pessoa humana ou outros preceitos fundamentais.

Nesse contexto, embora a metajuridicidade no tribunal do júri possa trazer importantes contribuições para o processo de julgamento, é crucial reconhecer e mitigar os riscos associados a essa abordagem. Garantir a imparcialidade, a equidade e a objetividade do julgamento requer um cuidadoso equilíbrio entre considerações extrajurídicas e a aplicação rigorosa dos princípios legais, assegurando assim a integridade e a legitimidade do veredito final.

2. METAJURIDICIDADE NO TRIBUNAL DO JÚRI: ESPIRITISMO E PSICOGRAFIA

2.1. Cartas Psicografadas: uma perspectiva espírita e aplicação em casos concretos

O tema da Metajuridicidade no Tribunal do Júri especialmente quando relacionado ao Espiritismo e à Psicografia, é intrigante e suscita reflexões profundas. O Espiritismo é uma doutrina que acredita na existência de espíritos e na comunicação entre o mundo material e o espiritual. O Espiritismo, doutrina codificada por Allan Kardec no século XIX, baseia-se na crença da existência de espíritos e na comunicação entre o mundo material e o espiritual. A psicografia é uma das práticas mediúnicas associadas ao Espiritismo, na qual um médium atua como intermediário para receber e transcrever mensagens de entidades desencarnadas.

Segundo "O Livro dos Médiuns" de Allan Kardec (1861) o médium, em estado de transe ou concentração, permite que um espírito utilize sua capacidade de escrita para transmitir mensagens. As cartas psicografadas podem conter informações pessoais, conselhos, relatos históricos ou previsões. A autenticidade dessas mensagens é objeto de debate, pois não há método científico para verificar sua origem espiritual.

Dessa forma, do ponto de vista jurídico, a admissibilidade de cartas psicografadas como prova em casos judiciais pode ser desafiadora. Os tribunais geralmente baseiam suas decisões em evidências tangíveis, objetivas e verificáveis. Cartas psicografadas podem não se encaixar facilmente nesses critérios, pois sua autenticidade e origem podem ser difíceis de verificar de maneira convencional.

No nosso objeto de pesquisa, o Tribunal do Júri, o veredito é determinado pela opinião de cidadãos comuns, a introdução de evidências baseadas em práticas espiritualistas como a psicografia pode levantar debates sobre sua admissibilidade e relevância. Aspectos como a confiabilidade da psicografia como prova, seu status como evidência científica e sua conformidade com os princípios legais podem ser questionados.

Advogados, juristas e defensores do estado laico, seculares que defendem estritamente a separação entre religião e Estado argumentam comumente que, em um sistema jurídico secular, a introdução de elementos espiritualistas pode violar a separação entre religião e Estado, além de potencialmente comprometer a imparcialidade e objetividade do processo judicial. Por outro lado, defensores podem argumentar que a espiritualidade é parte integrante da vida de certos indivíduos e que suas crenças e práticas devem ser consideradas de forma justa e respeitosa pelo sistema judicial.

No entanto, é importante ressaltar que, em muitos sistemas legais ao redor do mundo, a admissibilidade de evidências baseadas em crenças espirituais é determinada pela legislação vigente e pela jurisprudência estabelecida. Em alguns casos, evidências como psicografias podem ser admitidas se consideradas relevantes e se atenderem aos critérios de admissibilidade estabelecidos pelo sistema judicial.

Em casos concretos, a admissibilidade de cartas psicografadas como prova pode depender de vários fatores, incluindo as leis e procedimentos legais locais, bem como a jurisprudência estabelecida. Algumas jurisdições podem permitir a admissão de tais evidências se forem consideradas relevantes para o caso em questão e se puderem ser apresentadas de maneira convincente e crível segundo a Suprema Corte do Brasil, que em 2006 decidiu sobre a admissibilidade de provas baseadas em psicografia em processos judiciais (Brasil, 1988).

Entretanto, mesmo quando admitidas, as cartas psicografadas podem enfrentar escrutínio intenso pelas partes adversárias, juízes e jurados. Questões sobre a confiabilidade do médium, a possibilidade de fraude ou influência externa e a interpretação das mensagens psicografadas podem surgir durante o processo judicial.

Em síntese, embora as cartas psicografadas possam ter um significado profundo para os adeptos do espiritismo, sua aplicação em casos concretos dentro do sistema judicial é um assunto complexo que envolve considerações legais, éticas e epistemológicas.

Em 1971, o caso do assassinato de Elídio Ramos ganhou atenção nacional no Brasil devido ao envolvimento de Chico Xavier, um dos médiuns mais respeitados do país. Elídio

Ramos foi vítima de um homicídio, e uma carta psicografada por Chico Xavier foi apresentada durante o julgamento. A carta, supostamente escrita pelo espírito da vítima, detalhava o crime e inocentava o acusado, José Divino, afirmando que a morte foi um acidente e não um assassinato premeditado (Viapiana, 2021).

O juiz Orimar Pontes aceitou a carta como evidência válida, o que foi um marco na história jurídica brasileira, pois foi uma das primeiras vezes que uma carta psicografada foi usada em um tribunal para influenciar o resultado de um caso de homicídio. A defesa argumentou que a carta era uma prova de que não havia intenção de matar, e José Divino foi absolvido.

Já o caso de Evandro Ramos Caetano, ocorrido em 1992, é talvez um dos mais controversos envolvendo psicografias. Evandro desapareceu e foi encontrado morto em circunstâncias inimagináveis. Uma carta psicografada por uma médium apontou suspeitos, o que levou à prisão de quatro pessoas .

Contudo, o caso tomou um rumo diferente quando evidências de tortura e falsidade nas investigações vieram à tona. As gravações de áudio revelaram que os acusados foram torturados para confessar o crime, e as condenações foram anuladas. Este caso destaca os perigos de depender exclusivamente de psicografias como prova e a importância de uma investigação rigorosa e justa (Paraná, 2023).

Outro caso muito relevante, é o da Boate Kiss, um trágico incêndio ocorrido em uma boate na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, Brasil, na madrugada de 27 de janeiro de 2013. O incidente resultou na morte de 242 pessoas e deixou mais de 600 feridos. Muitos dos presentes eram jovens universitários que participavam de uma festa. A tragédia foi causada principalmente por uso inadequado de fogos de artifício dentro do local, que tinha insuficiente saída de emergência e segurança contra incêndio (Buzetti, 2023).

Então após o desastre, circularam histórias e relatos de cartas psicografadas atribuídas a vítimas do incêndio da Boate Kiss. Essas cartas teriam sido escritas por médiuns e atribuídas a espíritos de jovens que morreram no incêndio, oferecendo conforto aos seus

familiares e amigos. O vídeo da carta de Guilherme Gonçalves foi apresentada e trazia a mensagem de aceitação das determinações divinas, no qual foi alvo de muitas críticas como a do criminalista Fernando Augusto Fernandes que considera uma prova ilícita por não possuir passagem por perícia e não evidenciar a vontade da vítima (Viapiana, 2021).

Logo, consequentemente influencia os jurados que podem tomar decisões equivocadas com base na carta exposta. Estes casos ilustram a complexidade e a controvérsia em torno do uso de cartas psicografadas como evidência legal no Brasil. Eles também destacam a necessidade de cautela e rigor na avaliação de provas em processos judiciais, bem como as implicações éticas e legais de aceitar tais evidências em um tribunal.

2.2. Das teses favoráveis à utilização das cartas psicografadas como meio de prova

O artigo publicado por Igor Leal de Carvalho explora a questão sob a ótica da grafoscopia, uma técnica que pode ajudar a verificar a autenticidade das cartas psicografadas. A pesquisa, de caráter qualitativo e exploratório, sugere que a análise grafoscópica pode ser um critério relevante para validar a autenticidade dessas mensagens, embora essa abordagem ainda seja controversa (Carvalho, 2020).

No campo do Direito Processual Penal, a legalidade das cartas psicografadas como meio de prova é discutida com base na relevância que tais documentos podem ter, especialmente considerando as questões religiosas e as crenças dos envolvidos no processo. Segundo um estudo mencionado por Antonio Magalhães Gomes Filho na "Revista Brasileira de Ciências Criminais" (2006), embora essas cartas sejam controversas, elas não podem ser completamente desconsideradas sem uma análise prévia de sua relevância e autenticidade.

Ademais, a admissibilidade das cartas psicografadas deve respeitar o princípio do contraditório, permitindo a verificação de sua autenticidade. Como destacado por Alexandre Freitas Câmara em "Lições de Direito Processual Civil" (2014), esse processo de

verificação é essencial para assegurar que todos os meios de prova sejam submetidos à mesma rigorosidade analítica.

Uma análise sistemática sobre a utilização dessas cartas como meio de prova foi realizada, examinando decisões judiciais e critérios para a admissibilidade desses documentos. Os resultados, discutidos por Paulo Roberto de Gouvêa Medina na "Revista de Informação Legislativa" (2011), indicam que uma avaliação cuidadosa da relevância e autenticidade das cartas psicografadas é crucial para determinar sua admissibilidade em processos judiciais. Argumenta-se que, em sociedades democráticas que valorizam a liberdade religiosa e cultural, as crenças e práticas espirituais dos indivíduos devem ser respeitadas e consideradas no contexto legal.

Permitir a admissão de cartas psicografadas pode ser visto como um reconhecimento dessas crenças e práticas. Visto que, está expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.(Brasil, 1988).

Em certos casos, as cartas psicografadas podem conter informações relevantes que ajudam a esclarecer eventos ou situações em questão. Se uma carta psicografada contém detalhes específicos sobre um crime ou incidente que não são conhecidos publicamente e que se mostram precisos, isso pode ser considerado como evidência relevante já que é considerada uma prova documental de acordo com o artigo "A psicografia como meio de prova judicial" publicado por Anderson Almeida (2014).

Juristas e especialistas em espiritismo podem argumentar que as cartas psicografadas podem ser submetidas a critérios de autenticidade e confiabilidade. Se puderem ser validadas por especialistas como autênticas e provenientes de fontes confiáveis, aumentaria sua admissibilidade como prova.

Em casos em que não há testemunhas oculares ou provas materiais diretas, ou até mesmo crimes antigos e casos em que o corpo da vítima nunca foi encontrado, a busca pela verdade e pela justiça pode justificar a admissão de evidências, mesmo que não se

encaixem nos padrões convencionais de prova. Se as cartas psicografadas forem consideradas uma ferramenta que pode ajudar a esclarecer os fatos de um caso e a alcançar uma decisão justa, isso pode apoiar sua admissibilidade.

O sistema judicial muitas vezes busca reunir uma variedade de evidências para formar uma imagem completa dos eventos em questão. As cartas psicografadas podem oferecer uma perspectiva única e complementar a outras formas de evidência, como testemunhos oculares ou documentos oficiais. Permitir a sua admissão pode enriquecer o processo judicial ao considerar múltiplos pontos de vista.

Para alguns indivíduos envolvidos em casos judiciais, especialmente em situações de perda ou trauma, a leitura de uma carta psicografada pode ter um impacto terapêutico significativo. Essas cartas podem fornecer conforto, consolo ou até mesmo insights espirituais que ajudam na cicatrização emocional das partes envolvidas. Reconhecer esse aspecto pode ser considerado mais um ponto a favor da sua admissão.

É importante mencionar que em sociedades onde o espiritismo é uma prática estabelecida e amplamente respeitada, as cartas psicografadas podem ser vistas como parte integrante da cultura e da tradição local. Nesses casos, a recusa em considerar essas cartas como evidência pode ser interpretada como uma falta de sensibilidade cultural e um desrespeito às crenças e valores das comunidades envolvidas.

À medida que a sociedade evolui e as práticas espirituais se tornam mais difundidas e aceitas, os tribunais podem ser confrontados com novos desafios e questões relacionadas à admissibilidade de evidências como as cartas psicografadas. Caso houvesse o desenvolvimento da jurisprudência nesse sentido poderia levar a uma maior aceitação e compreensão das práticas espirituais dentro do contexto jurídico.

Em sistemas jurídicos que valorizam a justiça restaurativa e a reconciliação, as cartas psicografadas podem desempenhar um papel na busca pela verdade, na cura das feridas emocionais e na reconciliação entre as partes envolvidas. Nesses casos, a admissão de tais evidências pode ser vista como um passo em direção à resolução pacífica e restaurativa de conflitos pois as cartas podem trazer conforto aos familiares (Matos, 2014).

Essas considerações destacam a complexidade e a diversidade de argumentos que podem ser apresentados em apoio à utilização das cartas psicografadas como meio de prova. É de extrema primazia reconhecer que a aceitação dessas teses pode variar de acordo com o contexto cultural, legal e social em que se encontram. Essas teses refletem argumentos que podem ser apresentados por defensores da utilização de cartas psicografadas como meio de prova em contextos legais. No entanto, é importante reconhecer também que a aceitação dessas teses pode variar significativamente entre diferentes sistemas jurídicos e culturais.

2.3. Das teses contrárias à utilização das cartas psicografadas como meio de prova

A prática da psicografia, na qual um médium escreve mensagens supostamente ditadas por espíritos desencarnados, é um tema que transcende os limites do estritamente jurídico, o uso de dessas cartas como meio de prova em processos judiciais no Brasil gera controvérsia devido a vários fatores críticos que questionam sua admissibilidade legal e ética. A legislação brasileira exige que as provas sejam concretas e passíveis de verificação objetiva.

Artigo 370. - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único - O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (Brasil, 2015).

Miguel Reale, em sua obra "Lições Preliminares de Direito" (1976), enfatiza que as provas devem ter uma base material clara, algo que não ocorre com cartas psicografadas, cuja veracidade repousa na credibilidade e interpretação do médium.

O processo legal exige que todas as provas sejam contestáveis, garantindo o contraditório e a ampla defesa. Alexandre Freitas Câmara, em "Lições de Direito Processual Civil" (2014), destaca que a impossibilidade de interrogar ou obter respostas adicionais do suposto autor espiritual das cartas viola esses princípios fundamentais.

Não existem métodos científicos estabelecidos para validar a autenticidade de cartas psicografadas, Antonio Magalhães Gomes Filho discute em seu artigo na "Revista Brasileira de Ciências Criminais" (2006) que, sem critérios claros e científicos, a aceitação dessas cartas pode resultar em decisões judiciais baseadas em convicções pessoais ou religiosas.

A Constituição Brasileira (Brasil, 1988) estabelece que o Estado é laico, devendo permanecer neutro em questões religiosas. Dalmo de Abreu Dallari, em "Elementos de Teoria Geral do Estado" (2011), argumenta que aceitar provas de origem espiritualista pode infringir esse princípio, comprometendo a neutralidade do Estado frente às diferentes crenças.

A integridade e imparcialidade do médium são difíceis de garantir e cruciais para a credibilidade das cartas. Paulo Roberto de Gouvêa Medina, em um artigo na "Revista de Informação Legislativa" (1964), destaca que as crenças pessoais e a possibilidade de fraude por parte do médium podem comprometer a autenticidade das mensagens.

Uma das principais críticas é a dificuldade em verificar a autenticidade das cartas psicografadas. Como as informações nelas contidas não podem ser verificadas empiricamente, torna-se complicado determinar se são genuínas ou se foram fabricadas pelo médium ou por outras fontes.

As cartas psicografadas são frequentemente abertas a interpretações subjetivas. O conteúdo pode ser vago, simbólico ou ambíguo, o que torna difícil extrair conclusões objetivas. Além disso, a interpretação das mensagens psicografadas pode variar entre diferentes indivíduos, o que levanta questões sobre sua confiabilidade como prova.

Existe o risco de que as cartas psicografadas sejam falsificadas ou manipuladas, seja pelo médium ou por terceiros interessados em influenciar o resultado de um caso. Sem mecanismos robustos de verificação e controle, é difícil garantir a integridade das cartas como evidência confiável (Dias, 2023).

A introdução de cartas psicografadas como prova pode potencialmente prejudicar a integridade do processo judicial ao desviar a atenção de evidências mais sólidas e

objetivas, visto que de acordo com Aury Lopes Jr. as evidências desse tipo, não deveriam ser admitidas no procedimento pois são desprovidas de credibilidade jurídica. Isso pode comprometer a imparcialidade do julgamento e minar a confiança do público no sistema judicial (Viapiana, 2021).

Essas teses refletem as preocupações e objeções comuns levantadas contra a utilização das cartas psicografadas como meio de prova em contextos legais. Elas destacam os desafios enfrentados na tentativa de integrar práticas espirituais e crenças religiosas em um sistema jurídico baseado em evidências objetivas e verificáveis. Essas preocupações salientam os desafios legais e éticos envolvidos na aceitação de cartas psicografadas como meio de prova nos tribunais brasileiros, sendo um tema de intensos debates jurídicos e éticos.

Como tem-se demonstrado, a utilização de cartas psicografadas no Tribunal do Júri é um desafio complexo. Embora algumas mensagens tenham sido consideradas relevantes, a subjetividade e a falta de validação científica continuam a gerar debates. Cabe aos jurados ponderar essas questões e formar sua convicção pessoal com base em sua compreensão e crenças.

Essa ponderação demanda uma análise criteriosa do contexto em que as cartas psicografadas são apresentadas, considerando não apenas sua possível relevância para o caso, mas também os princípios fundamentais do processo judicial. A subjetividade inerente a essas mensagens exige dos jurados uma avaliação cuidadosa, garantindo que suas decisões sejam fundamentadas em evidências sólidas e objetivas, sempre em consonância com os padrões legais estabelecidos.

Ao mesmo tempo, é crucial reconhecer que as crenças individuais e as experiências pessoais dos jurados podem influenciar sua interpretação das cartas psicografadas. Portanto, é essencial que esses profissionais estejam cientes de suas próprias predisposições e preconceitos, buscando manter uma postura imparcial e aberta durante todo o processo de deliberação.

Nesse sentido, a utilização de cartas psicografadas no Tribunal do Júri deve ser encarada como um exercício de discernimento e responsabilidade por parte dos jurados. Ao enfrentar esse desafio complexo, cabe a eles buscar o equilíbrio entre a consideração respeitosa das crenças e práticas espirituais dos envolvidos e a garantia da integridade e imparcialidade do processo judicial. Somente assim será possível alcançar uma decisão justa e equitativa, em conformidade com os princípios fundamentais da justiça.

3. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS E DAS DECISÕES BASEADAS NA JUSTIÇA INTUITIVA

3.1. A natureza do princípio da íntima convicção

O princípio da íntima convicção, também conhecido como o sistema de livre convencimento ou livre convicção do juiz, desempenha um papel fundamental nos sistemas jurídicos de diversos países, principalmente naqueles de tradição romano-germânica e nos processos de julgamento por júri. Esse princípio permite que o juiz ou os jurados decidam com base na convicção que formaram ao longo do processo, sem necessidade de explicitar detalhadamente o motivo de cada ponto de sua decisão (Vaz, 2023).

Tal princípio reflete a ideia de que a justiça não deve ser mecânica, mas sim baseada na análise cuidadosa e individualizada de cada caso. Sua natureza é também ética, pois visa garantir a imparcialidade e a equidade no processo decisório. Além disso, o princípio da livre convicção está ligado aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como a garantia do devido processo legal e o respeito aos direitos das partes envolvidas.

O princípio da íntima convicção dos jurados é um elemento importante em sistemas jurídicos que adotam o júri popular. Nesses sistemas, os jurados têm o poder de decidir a culpabilidade ou inocência do réu com base na sua própria convicção, sem estar estritamente vinculados às instruções legais fornecidas pelo juiz. A liberdade dos jurados

de formar sua decisão é embasada na relevância da participação dos cidadãos no sistema judicial.

Apesar de sua notoriedade, o princípio da íntima convicção enfrenta críticas, especialmente no que tange à falta de transparência e dificuldades na revisão das decisões judiciais. A preocupação reside no fato de que, ao permitir decisões baseadas em convicções pessoais não explicitadas, abre-se espaço para possíveis arbitrariedades.

Por outro lado, defensores desse princípio argumentam que ele permite uma maior humanização das decisões judiciais, conferindo aos julgadores a capacidade de adequar o direito às particularidades de cada caso, levando em conta elementos que podem não estar totalmente capturados pela rigidez da lei.

Obras como "Direito Processual Penal" de Aury Lopes Jr. (2018) que oferece uma visão crítica sobre como esse princípio pode tanto proteger quanto prejudicar o direito à defesa. Ele argumenta que, por um lado, a intima convicção permite uma liberdade decisória que pode ser mais empática e humana, mas, por outro, pode abrir margens para decisões subjetivas e pouco transparentes.

Outra obra muito relevante "Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica" de Lenio Streck (2014) que se debruça sobre o papel das convicções pessoais dos juízes na interpretação e aplicação das leis. Ele expõe que muitas vezes esses podem ser guiados por suas crenças morais ao invés de uma interpretação objetiva e fiel das leis. Essa abordagem pode levar a uma certa subjetividade nas decisões judiciais, que pode ser vista como análoga ao conceito de íntima convicção.

É inegável que o sistema adotado em relação às decisões dos jurados no tribunal do júri difere-se do expresso em lei, uma vez que tais decisões não precisam ser justificadas. Apesar da constante norma da Constituição Federal no art. 93, inciso IX que prevê que " todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade." (Brasil, 1988).

Isso decorre devido ao direito ao sigilo das votações garantido pelo art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição (1988), sendo desnecessária a fundamentação do voto do jurado,

conforme estabelecido pelo art. 486, caput, do CPP que limita as respostas dos jurados somente como sim ou não (Brasil, 1941).

"Tribunal do Júri" de Paulo Rangel (2009) é uma obra que aborda de forma detalhada e crítica o papel da intima convicção dos jurados no sistema de justiça brasileiro, especificamente no contexto do tribunal do júri. O autor discute a natureza e os limites dessa convicção subjetiva dos jurados, analisando sua relação com o devido processo legal, a imparcialidade do julgamento e a busca pela justiça.

Rangel examina como a intima convicção dos jurados pode influenciar decisivamente o veredito final em casos criminais, destacando sua importância na democracia participativa e no exercício da cidadania. Ele também discute questões práticas, como a formação do corpo de jurados, a orientação dos jurados durante o julgamento e os desafios enfrentados pelos advogados de defesa e acusação ao lidar com essa realidade.

Em suma, a íntima convicção dos jurados representa um equilíbrio delicado entre a busca pela objetividade e a valorização da subjetividade humana no processo judicial. Embora possa suscitar debates sobre sua imparcialidade, sua preservação é fundamental para garantir a legitimidade e a justiça no sistema de júri, permitindo que as decisões reflitam não apenas os fatos apresentados, mas também as diferentes experiências e interpretações individuais dos jurados.

3.2. Justiça Intuitiva: deveria o veredito final estar nas mãos da intuição?

A intuição é uma capacidade humana complexa que muitas vezes é descrita como uma espécie de conhecimento ou percepção instantânea, sem a necessidade de raciocínio lógico explícito. Em termos evolutivos, a intuição pode ter suas raízes na adaptação dos seres humanos a ambientes desafiadores. Durante milênios, nossos ancestrais enfrentaram situações de vida ou morte, onde a capacidade de tomar decisões rápidas e precisas poderia significar a diferença entre sobreviver ou não. Nesses contextos, a intuição pode

ter se desenvolvido como um mecanismo de resposta rápido, baseado em experiências passadas e pistas sutis do ambiente.

Ademais, a intuição pode ser influenciada por fatores culturais, sociais e individuais. Nossa educação, valores, crenças e experiências pessoais moldam a maneira como percebemos o mundo e tomamos decisões. A intuição muitas vezes é alimentada por esses aspectos, refletindo nossas interpretações subjetivas da realidade.

Dessa forma, a ideia de justiça intuitiva sugere que, em casos como, crimes dolosos contra à vida, a intuição pode ser uma ferramenta valiosa na tomada de decisões judiciais. A intuição, muitas vezes, é associada à sabedoria interior, à capacidade de perceber verdades subjacentes além da evidência superficial. Defensores dessa abordagem, como Cass Sunstein (2014) em sua obra "Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter" argumentam que a intuição pode captar nuances e complexidades que escapam às regras rígidas do sistema legal.

No entanto, essa perspectiva levanta preocupações válidas. A justiça intuitiva pode ser subjetiva e suscetível a preconceitos inconscientes, resultando em decisões arbitrárias e injustas. Além disso, a confiança na intuição pode minar a autoridade das leis e instituições estabelecidas, abrindo espaço para a manipulação e a desigualdade.

Um aspecto crucial que deve ser considerado é a falta de consistência e previsibilidade na aplicação da justiça intuitiva, especialmente no contexto do tribunal do júri. Enquanto a lei busca estabelecer padrões claros e procedimentos formais para garantir a justiça e a equidade, a intuição pode operar de forma subjetiva e variável, levando a resultados imprevisíveis e inconsistentes.

Quando os jurados confiam em sua intuição para tomar decisões, eles podem ser influenciados por uma série de fatores pessoais e subjetivos, como suas próprias experiências de vida, crenças e valores. Esses fatores podem levar a uma interpretação divergente das evidências apresentadas em tribunal e a uma variedade de conclusões possíveis, mesmo em casos similares.

Essa falta de consistência e uniformidade nas decisões pode ferir a integridade do sistema judicial, criando um ambiente onde a justiça é aplicada de forma arbitrária. Os indivíduos podem se sentir desconfiados em relação ao sistema legal se perceberem que os veredictos podem variar significativamente com base na intuição subjetiva dos jurados, em vez de seguir padrões legais estabelecidos.

Outra questão é a dificuldade em explicar ou justificar as decisões baseadas na intuição. Diferentemente de decisões baseadas em evidências tangíveis e argumentos lógicos, as decisões intuitivas podem ser difíceis de serem explicadas, o que dificulta a prestação de contas e pode lesionar a legitimidade do processo judicial aos olhos do público.

Além disso, a justiça intuitiva pode desconsiderar as leis e procedimentos estabelecidos, colocando em risco a garantia de direitos individuais e a aplicação consistente da lei. Ao basear-se apenas em impressões subjetivas, os jurados podem subestimar informações importantes que teriam forte repercussão no julgamento.

A chave reside em encontrar um equilíbrio entre a análise objetiva e a intuição sensível, integrando-as de forma a promover uma justiça mais completa e equitativa. Uma abordagem híbrida, que combine a precisão da lei com a sensibilidade da intuição, pode representar um caminho promissor, de forma que os jurados e profissionais do sistema judicial podem receber treinamento sobre como equilibrar a análise objetiva das evidências com a consideração das nuances emocionais e contextuais de cada caso, além de instruções claras que os juízes podem fornecer aos jurados sobre como ponderar as evidências de forma imparcial, levando em consideração tanto os aspectos legais quanto as emoções e motivações subjacentes.

Isso pode ajudar os jurados a entender melhor seu papel no processo judicial e a tomar decisões fundamentadas. Isso envolveria não apenas considerar as evidências tangíveis, mas também lançar luz sobre os pontos escuros e esquecidos que possam ter motivado, e estejam interligados em cada caso, para que as partes se sintam vistas e compreendidas antes de receberem o veredito final.

3.3. A falta de fundamentação das decisões e suas implicações no julgamento

A fundamentação das decisões judiciais é um elemento essencial para a integridade e a legitimidade do processo de julgamento. Quando uma decisão judicial não é devidamente fundamentada, isso pode ter uma série de implicações que afetam não apenas as partes envolvidas no processo, mas também a credibilidade e a confiança no sistema judicial como um todo.

Michele Taruffo (1975) define a fundamentação como o processo pelo qual um juiz justifica sua decisão em uma sentença. Para ela a fundamentação não se limita simplesmente à exposição dos fundamentos legais aplicáveis ao caso, mas também envolve a explicação clara e lógica das razões pelas quais o juiz chegou a essa conclusão específica. Isso inclui a análise dos fatos relevantes, a interpretação das normas legais pertinentes e a explicação das considerações jurídicas e equitativas que influenciaram a decisão.

Como citado anteriormente, o fundamento legal que legitima a necessidade de fundamentar as decisões judiciais é expresso na Constituição Federal (1988), em seu artigo 93, inciso IX, expõe que todos os julgamentos e decisões do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados, sob pena de nulidade, prevendo que a escassez de fundamentação dessas decisões pode prejudicar os direitos das partes envolvidas no processo, além de ser razão de enfraquecimento do Estado de Direito.

Em um sistema democrático e baseado no Estado de Direito, é fundamental que as decisões judiciais sejam tomadas com base na lei e em princípios jurídicos sólidos. A falta de fundamentação pode minar esse princípio fundamental, abrindo espaço para a arbitrariedade e a injustiça.

Sobre isso, Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2010) expõe:

A motivação permite às partes controlar se as razões e provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão. Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa,

se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão (Pinho, 2010, p. 52).

No entanto, no tribunal do júri está em vigor o princípio da convicção íntima, conforme estabelecido no artigo 472 do Código de Processo Penal, no qual os jurados são instruídos a proferir sua decisão de acordo com a consciência e os princípios da justiça (Brasil, 1941). Assim, divergindo da norma geral constitucional, conclui-se que o princípio da convicção livre não justificada é, na verdade, uma exceção que é peculiar ao Tribunal do Júri.

Por conseguinte, os jurados, ao responderem afirmativa ou negativamente aos quesitos formulados pelo magistrado, não precisarão justificar suas escolhas, o que abre margem à possibilidade de ocorrerem arbitrariedades e, até mesmo, injustiças. A completa falta de fundamentação dos atos decisórios no tribunal do júri é uma das principais razões que suscitam críticas à instituição. Pois, tal circunstância propicia o excessivo intimismo ou subjetivismo não desejáveis àqueles que têm a incumbência de exercer um julgamento justo.

Sob esse prima, o princípio da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito não apenas representa uma salvaguarda política, que confere ao povo o controle sobre as determinações judiciais, mas também constitui uma garantia processual que garante a transparência abrangente no exercício do poder judiciário e proporciona às partes o acesso aos fundamentos da decisão, habilitando-as a contestá-la integralmente.

Dessa forma, torna-se crucial a exposição do pensamento de Aury Lopes Jr. (2007)

O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. [...] o ius dicere em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional (LOPES JUNIOR, 2007, p. 142-143).

Aury, destaca a importância da motivação na tomada de decisão no contexto do Tribunal do Júri. A motivação refere-se à explicação detalhada e fundamentada do porquê uma determinada decisão foi tomada, argumentando que a falta de motivação pode representar um sério problema, pois a motivação é essencial para garantir a racionalidade das decisões judiciais.

Assim, o autor enfatiza que a motivação não se resume a simplesmente citar leis ou jurisprudência, mas sim a explicar claramente os motivos pelos quais se chegou a uma conclusão específica sobre a autoria e a materialidade do crime em questão. Isso envolve uma análise detalhada dos fatos apresentados durante o julgamento.

Além de destacar que a motivação é crucial para legitimar o exercício do poder judicial. Lopes Jr. afirma que o poder de impor uma pena só pode ser justificado quando é exercido de forma racional e fundamentada em um conhecimento sólido e bem adquirido. A qualidade do conhecimento jurídico utilizado na tomada de decisão é vista como uma condição essencial para a legitimidade da atuação judicial.

Decisões mal fundamentadas podem resultar em injustiças graves, afetando diretamente as partes envolvidas no caso. Quando uma decisão carece de uma base sólida e clara, há um maior risco de erros judiciais e interpretações arbitrárias da lei. Isso pode levar à perda de confiança no sistema judiciário por parte dos cidadãos e das partes envolvidas no processo. Além disso, decisões mal fundamentadas podem gerar recursos e contestações prolongados, prolongando o processo e aumentando os custos envolvidos.

A falta de fundamentação adequada também pode criar precedentes negativos, influenciando futuras decisões judiciais e prejudicando a consistência e a equidade da jurisprudência. Por fim, decisões mal fundamentadas podem minar a legitimidade das instituições judiciais, afetando a percepção pública da justiça e do Estado de direito.

CONCLUSÃO

Portanto, visto que a justiça intuitiva, embora possa refletir a sensibilidade humana, não deve ser o único critério para decisões judiciais. O sistema jurídico é baseado em normas, precedentes e princípios que buscam garantir a aplicação uniforme da lei. A valorização excessiva da intuição pode comprometer a consistência e a previsibilidade das decisões. Quando os jurados decidem com base em sentimentos ou intuição, há o risco de arbitrariedade.

Logo o mesmo caso pode ter desfechos diferentes dependendo da composição do Júri e das convicções pessoais dos jurados. Isso prejudica a confiança na justiça e pode levar a resultados injustos. Os argumentos metajurídicos, como a influência da mídia e a retórica dos advogados, podem ser manipulativos. A oratória persuasiva pode levar os jurados a ignorar evidências objetivas e a decidir com base em emoções momentâneas. Isso não é compatível com o ideal de um julgamento justo.

A fundamentação das decisões é essencial para a transparência e a justiça, apenas a intuição não é suficiente. Os jurados devem ser incentivados a explicar os motivos que os levaram a determinada conclusão, considerando as provas apresentadas e os princípios legais, além de serem conscientes de sua responsabilidade e buscar uma análise criteriosa, combinando sensibilidade com fundamentação técnica. A transparência na fundamentação das sentenças é essencial para garantir a confiança no sistema judiciário.

Em última análise, a justiça no Tribunal do Júri pode conciliar a intuição com a razão, a subjetividade com a objetividade. Além de estabelecer diretrizes claras para auxiliar na fundamentação das decisões proferidas pelo Júri, mantendo um equilíbrio entre eles, sem que seja extinto. Dessa forma consequentemente poderá alcançar decisões justas, equilibradas e respeitosas aos princípios do Estado Democrático de Direito.

BEYOND THE VERDICT: AN ANALYSIS OF INTUITIVE JUSTICE AND META-LEGAL ARGUMENTS IN THE JURY TRIAL

ABSTRACT

This article investigates the complex interaction between the law and human subjectivity in the context of the Jury Court. The objective is to analyze how intuitive justice and metalegal arguments influence jurors'

decisions. The study examines the structure and fundamental principles of the Jury Court, highlighting the relevance of metajuridicity, especially in the use of psychographed letters as judicial evidence. The methodology includes a theoretical review of the concepts of intuitive justice and intimate conviction, as well as a critical analysis of concrete cases where these elements were decisive. The results reveal that, although metalegal arguments can enrich jurors' perceptions, they also introduce a degree of subjectivity that can deviate decisions from established legal principles. It is concluded that the lack of explicit reasoning in decisions based on jurors' intuition is a critical point, raising questions about the transparency and fairness of the judicial process. The article recommends a balance between the consideration of metalegal elements and the need for clear reasons for decisions, aiming to strengthen justice in the Jury Court.

Keywords: Metalegality. Jury court. Psychography.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Anderson. A psicografia como meio de prova judicial. Jusbrasil, 2014. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-psicografia-como-meio-de-prova-judicial/140984200/amp>>. Acesso em: 02 maio de 2024.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Tribunal do Júri e soberania popular. Dissertação (Mestre em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 de maio de 2024.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 de maio de 2024.

BRASIL, Tribunal da Justiça do Estado do Paraná. 1ª Câmara Criminal. Recurso 0046867-64.2022.8.16.0000. 04 de dezembro de 2023. Disponível em:
https://intranet.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/1IKI/content/revisao-criminal-inocentes-condenados-do-caso-evandro-/18319. Acesso em: 02 de maio de 2024.

BUZZETTI, Matheus. Tragédia na Boate Kiss. Jusbrasil, 2023. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tragedia-na-boate-kiss/1726645702/amp>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Igor Leal. A importância do exame de grafoscopia para identificação da autenticidade de assinatura em cartórios de registros civis. Jusbrasil, 2020. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-do-exame-de-grafoscopia-para-identificacao-da-autenticidade-de-assinatura-em-cartorios-de-registros-civis/919890819/amp> >. Acesso em: 02 maio de 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, J. M. Mortos não são testemunha: a inadmissibilidade da prova psicografada devido à ausência de fiabilidade. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 87, jan./mar. 2023.

DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017.

FAUCZ, Rodrigo; AVELAR, Daniel. A perspectiva prática da plenitude de defesa: tribunal do júri. Consultor Jurídico: Conjur.com.br, Digitalmente, v. 1, n. 1, p. 1-1, 21 ago. 2021. Semanal. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-21/tribunal-juri-perspectiva-pratica-plenitude>> Acesso em: 5 maio de 2024.

GOMES, Antônio Magalhães. Júri: projetos de reforma. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 280-288, jan./fev. 2006

JÚNIOR, Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva Educação S. A., 1976.

KARDEC, Allan. O Livro dos Médiuns. São José do Rio Preto: Petit Editora, 1861.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATOS, Marco. Livro com cartas psicografadas é lançado por pais de vítimas da Kiss. G1, 2014. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/11/livro-> >

com-cartas-psicografadas-e-lancado-por-pais-de-vitimas-da-kiss.html>. Acesso em: 02 maio de 2024.

MEDINA, Paulo Roberto. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo código de processo civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 190 t.2, p. 169-177, abr./jun. 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal: 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo, Vol 1. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão digital

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. Manual do Tribunal do Júri, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, C. R. Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston: Harvard University Press, 2014.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975.

VAZ, Isabela. Tribunal do Júri: o princípio da íntima convicção e a soberania dos veredictos. Jusbrasil, 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tribunal-do-juri-o-principio-da-intima-conviccao-e-a-soberania-dos-veredictos/1801254760/amp>>. Acesso em: 03 maio de 2024.

VIAPIANA, Tábata. Leitura de carta psicografada no Júri não é tática inédita, mas divide opiniões. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-10/uso-carta-psicografada-tribunal-juri-divide-especialistas/>>. Acesso em: 03 maio de 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOBRE A CLT COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO EMPREGADO

Ana Clara Gonçalves⁷
Heryca Pereira Machado⁸
Priscilla Raisa Mota Cavalcanti Costa⁹

RESUMO

O ambiente de trabalho, muitas vezes considerado como um espaço de crescimento profissional e desenvolvimento pessoal, pode ser obscurecido por um problema insidioso e prejudicial: o assédio moral. O assédio moral no trabalho é uma questão complexa e sensível que afeta a vida de inúmeros trabalhadores em todo o mundo. Partindo desse viés o presente estudo tem como objetivo: Analisar a CLT como mecanismo de proteção aos direitos dos empregados sob o viés do assédio moral. Para isso adotou-se como metodologia um estudo qualitativo de cunho bibliográfico que tem como fonte a doutrina, a jurisprudência, a legislação e artigos científicos que estivessem relacionados com a temática. Conclui-se assim, que em relação ao assédio moral contra o empregado não existe nenhuma legislação que seja específica e que promova maior amparo para os trabalhadores, porém de forma bastante evidentes muitos tribunais, quando comprovado o dolo, geram o dever de reparação fundamentando no princípio da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Assédio moral. Indenização.

INTRODUÇÃO

O ambiente de trabalho, muitas vezes considerado como um espaço de crescimento profissional e desenvolvimento pessoal, pode ser obscurecido por um problema insidioso e prejudicial: o assédio moral. O assédio moral no trabalho é uma questão complexa e sensível que afeta a vida de inúmeros trabalhadores em todo o mundo. À medida que a conscientização sobre o assédio moral cresce, a necessidade de compreender, prevenir e combater essa forma de abuso torna-se cada vez mais evidente.

Por isso mesmo, embora ainda hoje a interpretação sobre a reforma apareça com frequência nas discussões públicas e matérias jornalísticas - propõe-se estudar e compreender o assunto de forma mais acurada. Neste sentido, com o intuito de nortear o

⁷ Estudante do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: acgsilveirags3@gmail.com

⁸ Estudante do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: herycamello17@gmail.com

⁹ Professora orientadora do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: pcavalcante976@gmail.com

percurso teórico e metodológico proposto para a pesquisa, a delimitação do tema em espeque pretende analisar a CLT como mecanismo de salvaguarda dos direitos dos empregados sob o viés do assédio moral.

Com o intuito de nortear o percurso teórico e metodológico proposto para a pesquisa do presente trabalho, partiu-se da seguinte problemática: Em relação ao assédio moral no trabalho, a CLT funciona como mecanismo de proteção aos direitos dos empregados?

Essa pesquisa se justifica pela necessidade de abordar esse tema, pois o mesmo levanta questões éticas e legais importantes relacionadas à dignidade e aos direitos dos trabalhadores. Compreender as causas, consequências e estratégias de prevenção do assédio moral é essencial para promover um ambiente de trabalho saudável e respeitoso, além de trazer percepção de conscientização sobre o assédio moral está crescendo, e muitas organizações e legisladores estão tomando medidas para combater esse problema. Investigar e analisar as abordagens existentes para lidar com o assédio moral pode contribuir para o desenvolvimento de políticas mais eficazes.

Partindo desse viés o presente estudo tem como objetivo: Analisar a CLT como mecanismo de proteção aos direitos dos empregados sob o viés do assédio moral. Para isso adotou-se como metodologia um estudo qualitativo de cunho bibliográfico que tem como fonte a doutrina, a jurisprudência, a legislação e artigos científicos que estivessem relacionados com a temática.

1. UMA ANÁLISE SOBRE O SURGIMENTO NO BRASIL DOS DIREITOS TRABALHISTAS E DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

1.1 Contexto histórico do surgimento dos direitos trabalhistas no Brasil

É por meio do trabalho que o homem consegue satisfazer suas necessidades, sendo tal fato evidenciado desde os primórdios da humanidade. Na atualidade o homem de

forma geral ou emprega suas atividades dentro da cultura agrícola ou dentro de uma entidade privada (Silva et al., 2018).

Ao longo dos anos é possível evidenciar mudanças que ocorreram dentro do trabalho, pois antigamente os empregados eram castigados, tinham extinguido o direito de liberdade, não podiam expressar pensamentos e vontades, com isso o nome trabalho não era usado, surgiu apenas com o passar dos anos pelos gregos que usavam os termos: *ergon* e *ponos*, que significa esforço e criação, promovendo assim sentido diferente (Lima, 2016).

Dentro desse processo evolutivo cita-se o período medieval, sendo marcado pelos servos que trabalhavam nas terras dos senhores feudais e recebia um pedaço de terra em troca, sendo assim é evidente que o trabalho não era para autossustento ou ainda o sustento de seus familiares, mas sim iria tudo para a nobrezas feudais e a Igreja Católica (Rocha et al., 2013).

Durante esse período feudal não existia nenhum tipo de proteção aos empregados, somente no ano de 1917, o México criou uma constituição que tinha a previsão de proteção aos direitos sociais, prevendo oito horas de jornada de trabalho, descanso semanal, salário mínimo, direito a greve, criação de sindicatos e segurança no trabalho, tais direitos surgiram juntamente com o capitalismo implantado pelo Ditador Porfírio Diaz, sendo assim retirou os camponeses da exploração iniciando uma revolução, e posteriormente no ano de 1919 surge outra constituição, chamada de constituição de Weimar, que também previa os direitos sociais em relação ao trabalho e a previdência (Vasconcelos, 2011).

Já no Brasil, durante o período colonial a mão-de-obra era escrava, que eram trazidas por meio dos navios para trabalharem em plantações de açúcar, café e nas minas de ouro, esses escravos eram submetidos a péssimas condições de vida, não tinha alimentação, roupas ou local digno para descanso, esse quando apenas mudou no ano de 1888 com a assinatura da Lei Aurea (Silva et al., 2018).

Com o passar dos anos e o fim do período de escravidão, e após a primeira Guerra Mundial a situação do trabalhador piorou, e assim surge o Tratado de Versalhes em 1919,

que criou a OIT (Organização Internacional de Trabalho) que tinha como finalidade buscar condições dignas de trabalho (Santana et al., 2006).

Adiante com a Revolução Industrial, e a instituição do capitalismo, existia uma grande oferta de mão-de-obra nas cidades, e os donos das indústrias visavam apenas os lucros, pagavam salários baixíssimos e impunha sobre os funcionários longas horas de trabalho, e ainda ameaçavam os empregados o tempo todo, isso fez com que houvesse uma insatisfação dos operários, começando assim a reivindicar melhores condições de trabalho, assim durante a gestão de Getúlio Vargas no ano de 1930 cria o Ministério do Trabalho (Rocha et al., 2013)

A regulação do trabalho livre no Brasil, no final do último quartel do século XIX, evidencia de início um paradoxo: o advento da propalada libertação do trabalho escravo se dava via uma regulamentação rígida na contratação e na disciplina imposta aos trabalhadores. Mas a história “oficial” afirma que, enfim, estávamos libertando nossos escravos, rumo a uma forma racionalizada e humana de trabalho: o trabalho livre (Santana et al., 2006).

O Ministério do Trabalho passou a regularizar as questões salariais, jornada de trabalho e posteriormente a criação da Justiça do Trabalho, e nos anos de 1943 surge o decreto de Consolidação das Leis Trabalhistas que reunia todas as leis criadas para a proteção dos trabalhadores (Freitas, 2001).

Em relação ao Trabalho rural no ano de 1973 surge a primeira legislação, Lei 5.889, direcionada ao trabalhador Rural, regularizando a situação dos empregados e a atividade rural e as fiscalizações que eram imputadas sobre os empregadores, e posteriormente os proventos e descontos por meio do decreto 73.626 (Carvalho; Saraiva, 2021).

Com o passar dos anos o desenvolvimento das atividades trabalhistas, viu-se a necessidade de criar outras leis como a lei do trabalho temporário (Lei 6.019/74) e lei de férias que foi alterada por meio da Lei 1.535/77, e o ápice da proteção dos trabalhadores foi a Constituição Federal de 1988, que trazia a previsão da proteção dos direitos sociais abordando juntamente os direitos trabalhistas (Santana et al., 2006).

[...] O trabalho adquire no texto constitucional inúmeras feições, que, embora diferentes, são ligadas entre si e complementares aos objetivos e fundamentos da República no sentido de assegurar a todos uma existência digna onde haja justiça social. Assim, ora o trabalho surge enquanto instrumento de tutela pessoal, essencial à sobrevivência do homem indivíduo (por exemplo, o direito social ao trabalho), ora surge enquanto política a ser implementada pelo Estado, numa dimensão difusa e essencial aos objetivos apregoados pelo Estado Democrático de Direito (Fiorillo, 2007. p. 324-325).

A leis trabalhistas vem passando por um processo de evolução com a finalidade de proteger e garantir os direitos dos trabalhadores, com a finalidade de evoluir e mudar esta realidade, se faz necessário um maior amadurecimento dos empregadores, principalmente no sentido de valorizar o ser humano e o trabalho de formas dignas, sendo possível, quem sabe, a criação de meios que visem a promover o desenvolvimento econômico, sem, contudo, sacrificar excessivamente o trabalhador (Carvalho; Saraiva, 2021).

1.1.1 *Reforma trabalhista*

A elite empresarial nacional, “que somente consegue enxergar a questão trabalhista sob as lentes ou escravista ou liberal” (Marcatti, 2015, p. 38) graças a um somatório de forças com o Estado, obteve sucesso em seu intento de desestruturar o arcabouço legal que minimizava, pelo menos no dispositivo legal, o desequilíbrio de forças e a pressão exploratória exercida pelo capital sobre o trabalho.

Em 08 de junho de 2016, 150 empresários de diversos setores reuniram-se com o presidente (interino) da República e o lembraram da necessidade de levar a cabo reformas no âmbito da previdência e da legislação trabalhista (Severo; Souto 2017).

Deste modo, aproveitando a conjuntura favorável, decorrente de instabilidade política, em 23 de dezembro de 2016 o governo envia ao Congresso Nacional um anteprojeto que alterava 7 artigos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei 6.019/74. Lá recebeu o número PL 6.787/16. Após tramitar, foram modificados mais de 100 dispositivos da CLT. Ato contínuo, o texto foi encaminhado ao Senado, sendo cadastrado como Projeto de Lei da Câmara 38/2017.

Assim, o Projeto de Lei citado resultou na Lei nº 13.467/2017, que “altera, cria ou revoga mais de cem artigos e parágrafos da CLT e mudará de forma substancial o mercado de trabalho brasileiro” (Carvalho, 2017, p. 1).

Aprovada em tempo exíguo para matéria de tamanha relevância para a sociedade brasileira, fundamentada em discurso antigo, crítico à CLT, e por conseguinte de ataque aos direitos dos trabalhadores, que sempre é articulado pelo empresariado ao abordar o arcabouço legal de proteção ao trabalho, principalmente em momentos de crise econômica, tais como o que diz que a CLT tornou-se desnecessária por ser anacrônica, fora do contexto atual das relações de trabalho e da evolução tecnológica, estimula litígios, é rígida, impedindo a livre contratação de trabalhadores (Teixeira, 2017).

Gera insegurança jurídica, em razão do modelo de Justiça do Trabalho adotado, que atua pró-trabalhador, exacerba a desigualdade social, pois só traz benefícios para quem trabalha sob carteira assinada, relegando a situações precárias de trabalho uma grande parcela da população, além de ser empecilho ao crescimento econômico e à redução de custos das empresas. Outro fator é a falta de liberdade decorrente da ingerência do Estado nas relações de trabalho, pois a CLT é fruto da outorga de um governo ditatorial (Severo; Souto 2017).

1.2 Evolução do assédio moral no trabalho no Brasil

No que tange o assédio moral, a expressão surge em 1980, com o questionamento do Heinz Leymann, psicólogo de origem alemã, sobre essa forma de agressão sofrida dentro de ambiente organizacionais, os estudos no ano de 1993 se tornou um livro, *Mobbing la persécution au travail* – Mobbing, a perseguição no trabalho, que foi repassado a vários países em diversas línguas (Nascimento, 2009).

Scarfone e Teodisio (2004) afirma que apesar de não ser um fato novo, o assédio moral só agora vem sendo discutido. Especialmente, após 1998, ano em que a francesa Marie-France Hirigoyen lançou o livro “Assédio moral: a violência perversa do cotidiano”,

que abriu o debate sobre o assunto. O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

O assédio moral na relação de emprego passou a ser debatido, com maior intensidade, a partir das publicações dos livros de Herigoyen (2002), onde as pessoas que se identificam como assunto, passam a ver o assédio moral como um terror psicológico, pelo qual as vítimas são submetidas.

Conforme relatam as autoras Lages e Lopes (2003), o primeiro cientista a constatar a existência do assédio moral, foi o Dr. Heinz Leyman, psicólogo, cientista, e médico, que na década de 60 detectou um comportamento hostil em algumas crianças em idade escolar, no qual deu o nome de mobbing, após vinte anos, esse mesmo comportamento foi identificado em trabalhadores.

Tudo isso nada mais é que se não um reflexo dos anos de escravidão sofrido no Brasil, haja visto que os escravos estavam sempre sujeitos a trabalhos que levavam a exaustão, sendo o serviço prestado era de caráter manual e visto pelos senhores donos das fazendas como algo desonroso e que não poderiam ser feitos por homens livres (Ferreira, 2004).

Vale ainda destacar que o homem que era escravo era visto como um ser que não possui nenhum direito, uma vez que não possuía nenhum tipo de posse de bens, sendo assim cabia aos escravos apenas trabalharem sem qualquer proteção, segurança ou dignidade, diga-se de passagem, que no Brasil essa mancha desse período é regada de humilhações, mortes e privações relacionados ao trabalho que era prestado pelos escravos (Aguiar, 2006).

Com o avanço da globalização e o capitalismo, implantou-se uma doutrina de que os homens haviam de trabalhar para conseguir o crescimento pessoal, ou seja, a prosperidade do ser humano dependia exclusivamente de sua conduta. Nessa época, as classes sociais foram reestruturadas, a fim de proporcionar melhores condições àqueles

que detinham o pecúlio da manufatura, na qual o homem foi desligado dos resultados gerados em seu trabalho, piorando, assim, as condições do ofício em fábricas, oficinas, e em diversos outros meios de produção econômica.

No mesmo sentido, segundo Lima Filho (2007, p. 152), o capitalismo contribuiu para concretizar o assédio moral nas relações de emprego:

Todavia, e apesar das tentativas de impedir o assédio, ele continua se manifestando, inclusive e especialmente no ambiente de trabalho, favorecido pelo sistema de produção capitalista, em que o lucro com menores custos possíveis, constitui-se não o único, pelo menos o principal objeto de qualquer empreendimento econômico, nomeadamente em uma economia globalizada como a que atualmente predomina em quase todos os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento no Planeta (Lima Filho, 2007, p.152).

O assédio moral ganhou proporções, pois vem tornando-se um fenômeno social, na qual é significativo nas academias de Direito e no âmbito profissional. Debates entre especialistas no assunto, casos em que a mídia relata diariamente, leis sendo criadas nas esferas federais, estaduais e municipais, tudo isso transparece o porquê de o assédio moral ser uns dos assuntos mais discutidos atualmente (Ferreira, 2004).

1.3 Definição legal e doutrinária do assédio moral

O assédio moral está presente desde as primeiras formas de relação de trabalho e constitui-se em um problema mundial, que ocorre tanto no setor público, como nas empresas privadas. Hirigoyen (2001, p.22), entende o assédio moral como sendo:

[...] toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (Hirigoyen, 2001, p.22).

No mesmo diapasão, é o conceito elaborado por Nascimento (2004), que afirma que o assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a

posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

Silva (2008) diz que o grande mérito da abordagem do assédio moral no trabalho como problema fundamentalmente social e organizacional, intrinsecamente relacionado às mudanças do sistema produtivo, contrapondo-se, assim, às compreensões psicologizantes, patologizantes e a históricas, frequentemente presentes nas discussões de temas correlacionados, tal como as do *bullying* escolar e do *stress*.

Nesta esteira, menciona-se a definição de assédio moral da ilustre jurista Sônia Mascaro Nascimento:

O assédio moral caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atente contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e exponha o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, e que tenha por efeito causar dano emocional, excluir a posição do trabalhador ou deteriorar o ambiente de trabalho, no exercício de suas atividades profissionais. É indispensável, portanto, para que esteja configurado o assédio moral, que a conduta do empregado tenha se prolongado no tempo, podendo causar dano emocional ou psicológico (Nascimento, 2009, p.4809).

O assédio frequentemente começa como fato corriqueiro, e, sem dar a devida atenção, a vítima e os colegas de trabalho propiciam, ao agressor, o ambiente desejado para práticas mais incisivas, como a submissão da vítima a manobras hostis e degradantes, além da colocação dela em estado de inferioridade. Essas práticas, geralmente perversas, uma vez que o agressor tem a intenção e a consciência de seus atos, fazem com que a vítima tenha seu rendimento diminuído e, aos poucos, vá se tornando exatamente o que o agressor deseja. Concomitantemente, os colegas passam a ver a vítima sob o mesmo prisma do agressor, ou seja, a vítima é desqualificada no e para o grupo (Freitas, 2001).

Nascimento (2004), ao afirmar que a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexo causal.

De fato, diferentes aspectos do contexto social no interior das empresas contribuem para o surgimento e manutenção de situações de assédio moral. Nesse contexto é que adquirem relevância os diferentes estilos de direção aceitos e incentivados nas organizações (Mendonça; Barreto, 2015).

Nessa perspectiva se deve assumir que o problema adquire bastante complexidade e amplas repercussões, que além de afetar os sujeitos envolvidos diretamente (assediador e vítimas), repercute negativamente no clima organizacional e de convivência da empresa. Assim, a partir de uma perspectiva multidimensional do fenômeno assédio moral, é necessário focar a pesquisa na relação existente entre os diversos fatores sociais que favorecem ou reforçam as situações de agressividade no local de trabalho (Marcones; Dias; 2011).

Silva (2008) afirma que a sociedade e o trabalho, sob a égide da lógica e da ideologia gerenciais, concretizam a retificação e rentabilizarão dos indivíduos através de estratégias mistas de coerção e sedução.

O doutrinador Martins (2008, p.434), ensina que assediar significa "importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir com insistência inoportuna. Assédio quer dizer cerco, limitação". Já o assédio moral, segundo o mesmo autor, consiste em:

[...] uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém" (Martins, 2008, p.434).

O trabalho, fundamento do ser social e de sua identidade, torna-se, paradoxalmente, atividade em que os indivíduos são negados e instrumentalizados, redundando em inúmeros processos sócio-organizacionais de assédio moral que colocam em xeque as políticas de afetividade e os ditos programas de comprometimento das empresas que, baseados nas teorias da inteligência emocional, pregam a empatia e o contentamento geral num ambiente no qual predominam o cinismo, o sarcasmo, a negação dos afetos e a competição e indiferença em relação ao outro (Galvão, 2011).

Conforme Hirigoyen (2002), existem diversos métodos que o agressor utiliza de modo a humilhar e inferiorizar a vítima, podendo ser dividida em quatro categorias os procedimentos hostis utilizados pelo agressor, nomeadamente, que vão se agravando com o tempo.

A primeira é a destruição propositada das condições de trabalho é utilizada pelo agressor com o intuito de atentar contra a dignidade da vítima, fazendo com que a mesma se sinta incompetente. A vítima começa a ter uma imagem negativa de si própria. Fazem parte disso como por exemplo a ato de retirar da vítima a sua autonomia; não lhe transmitir informações úteis para a execução de uma determinada tarefa; contestar de forma sistemática todas as suas decisões; criticar o seu trabalho de forma injusta ou exagerada; atribuir-lhe propositadamente e de uma forma sistemática tarefas superiores às suas competências; pressioná-la para que não faça valer os seus direitos; entre outros (Guedes, 2003).

Em segundo ele coloca o isolamento e recusa de comunicação: tornam a pessoa menos hábil a reagir e a autodefender-se, pois fica sem apoio, são exemplos disso é interromper a vítima constantemente; superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima; evitar qualquer contacto com a vítima, mesmo a nível visual; proibir que a vítima fale com os outros colegas entre outras (Galvão, 2011).

Em terceiro coloca os atentados contra a dignidade, que são os atos praticados através de palavras subentendidas, difamando o comportamento da vítima ou trabalho realizado. O objetivo destas ações são confundir a percepção da pessoa agredida e levá-la a duvidar da sua competência. E quarto e último a violência verbal, física ou sexual, da qual fazem parte falar aos gritos com a vítima; ameaças de violência física; não fazer caso dos seus problemas de saúde; agressão física, como por exemplo, a vítima é empurrada ou fecham-lhe a porta na cara (Hirigoyen, 2002).

Marcondes e Dias (2011) afirma que o exercício do poder, através de diversos mecanismos, para conseguir que as condutas das pessoas que trabalham estejam de acordo com os parâmetros previamente estabelecidos, é uma prática legítima no mundo

do trabalho. Há sempre algum determinado nível de conflito com origem na adaptação a novos papéis, do exercício de direção ou divergência de interesses e que integra o conjunto de inter-relações que se estabelecem em qualquer local de trabalho. No entanto, isto não pode servir de justificativa para o encobrimento de determinadas práticas que ultrapassam os limites de tolerância ou admissibilidade.

Apesar de termos alguns conceitos ligados ao assédio, infelizmente não temos um conceito determinado ou definido dessa prática, mas o que todos os doutrinados pensam em comum é que se trata de uma violência psicológica, mas que afeta também a integridade física do trabalhador.

2. PREVISÃO LEGAL DO ASSÉDIO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Previsão legal constitucional

Inicialmente é importante destacar que não existe de forma explícita dentro do ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal do assédio moral no âmbito do trabalho, e que possa de maneira efetiva combatê-la, porém existe a aplicabilidade de regras e normas jurídicas que se aplicam no âmbito do assédio moral no trabalho. Deste modo, a principal aplicabilidade de norma jurídicas em relação ao assédio moral no trabalho se inicial na Constituição Federal, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, além de prejudicar a valorização do trabalho, o que torna tal norma jurídica a base da aplicação de qualquer outro dispositivo legal (Colombo et al., 2022).

Salienta-se que quando se fala de assédio moral, deve se ater ao fato de isso pode ocasionar em prejuízos inarráveis sobre uma perspectiva psicológica e emocional, indo além de uma lide que ocorre dentro de uma perspectiva judicial, uma vez que o preço pago pelo assediado no seu âmbito de trabalho resultam em transtornos muitas vezes que promovem o prejuízo não somente no local onde o assédio está sendo cometido, mas atingindo também a vida pessoal desse trabalhador (Santos, 2019).

Partindo dessa primície, o assédio moral cometido dentro do local de trabalho fere dois princípios constitucionais, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o de

valores sociais de trabalho, previstos no artigo 1º, III e IV Constituição Federal de 1988. Nesse sentido reafirmando a importância de tais princípios constitucionais a doutrina entende:

Direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam-lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, na Constituição formal (Sarlet, 2012, p.250).

Percebe-se então que a proteção do trabalhador em relação a não sofrer assédio moral dentro do ambiente de trabalho trata-se de um princípio constitucional de direitos e garantias fundamentais, haja visto que tal pode ser considerado não somente um direito individual, mas também coletivo, com a finalidade de proteção aos direitos sociais (Calvo, 2014).

Conforme doutrinador Delgado (2006) destaca que é direito do trabalhador ter acesso a saúde seja física ou mental dentro do local de trabalho, sendo estes considerados bens fundamentais da vida no âmbito privado e público, devendo assim a sua moral e honra ser protegida, não proporcionando a ninguém a ferir.

O princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao assédio moral sofrido em ambiente de trabalho, acaba atingindo também o princípio da igualdade como trazido na doutrina, vejamos:

Às vezes a questão da igualdade são tratadas sob o vértice da máxima aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade. A locução, quanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade (Araújo; Nunes Júnior, 2015, p.96).

Ao aplicar os princípios constitucionais nas relações trabalhistas, dentro de uma situação abusiva e de assédio, deve ser destacado ainda as Cartas Encíclicas escritas pelos Papas Leão XIII, elaboradas em 15 de maio de 1891, que são de grande significado pela OIT (Organização Internacional do Trabalho), que adotam princípios aplicados sobre a condição de trabalho de um trabalhador (Santos, 2019).

Neste sentido vale ainda destacar o pensamento do doutrinador Alexandre de Moraes:

O respeito à dignidade humana deve ser entendido como: Dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(Moraes, 2004, p.52).

Ao se falar em Princípio da dignidade humana evidencia o fato de prioridade da pessoa humana sobre o Estado, e ao aplicar tal princípio dentro de uma perspectiva trabalhista isso elucida que o trabalhador deve vir em maior importância do que a empresa em si, haja visto que tal deve vir de forma fundamental no Direito do Trabalho, devendo combater de forma eficiente e respeitosa a ocorrência de situações de assédio moral no trabalho (Calvo, 2014).

2.2 Previsão legal infraconstitucional

O assédio moral é diferente de dano moral, haja visto que o assédio pode ser definido como uma humilhação sofrida pelo empregado no trabalho, que podem atacar sua integridade física e/ou mental, promovendo assim uma situação de humilhação. O dano moral é aquilo que promove um dano mental, ou seja, é o momento o qual o assédio moral atingi a sua fragilidade (Santos, 2019).

É incontestável que o assédio moral se trata de um ato ilícito de forma extrapatrimonial, gerando na conduta uma responsabilidade civil, haja visto que é possível identificar a culpa qualificadora ou causadora da conduta. Haja visto que a partir do momento em que o empregador causa no empregado uma violação da integridade física e/ou mental, o dever de reparação passa a existir (Colombo, 2022).

Dentro de uma perspectiva brasileira, essa o assédio moral, gera um dano moral que é passível de indenização, deste que apresente os elementos de ônus da prova e o

arbitramento do valor, isso quer dizer que o empregado deve apresentar o abalo sofrido apontando o dano causado pela situação de assédio, comprovando por meio de provas e do nexo de causalidade (Ferreira, 2004).

Vale destacar ainda, que a valorização dessa indenização deve ser comprovada, para que assim a penalidade civil imposta gere o poder de reparador e punitivo, devendo ser a indenização compatível com o dano, bem como sua extensão, causado ao empregado. Nesse sentido vale evidenciar os seguintes Artigos do CC brasileiro:

Art. 944 - À indenização mede-se pela extensão do dano.

Art. 945 - Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto a do autor do dano.

Art. 946 - Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar (Brasil, 2002).

Neste sentido a doutrina ainda destaca que:

Incumbe, pois, o juiz, o poder de caso a caso, pesquisar e comprovar a ocorrência efetiva do dano moral suportado por aquele que promove a ação indenizatória, a par do nexo causal, com a conduta culposa do demandado. É mais razoável, e mais consentâneo com o bom senso, evitar apriorismo que possam flexibilizar os critérios de solução do problema. Não há melhor caminho a trilhar, "in casu", do que relegar ao prudente arbítrio do juiz a definição, diante dos fatos concretos, da cuidadosa averiguação das circunstâncias subjetivas e objetivas em que o dano moral ocorreu. Só assim a indenização será deferida ou indeferida, segundo os padrões de justiça e equidade, tanto em relação as condições da conduta do agente e da vítima, como das consequências e repercussões efetivamente provocadas sobre o bem psíquico que se pretende lesionado (Higino, 2014, p.1).

Por fim, insta salientar que quem irá determinar o valor da reparação será o Juiz que imputara a penalidade em conformidade com a lei, levando em consideração o fato de que o assédio moral é uma lesão à saúde mental, que fere não somente a integridade psicológica, mas a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido ainda evidencia-se, que o assédio moral é um ato ilícito é conceituado no artigo 186 do Código Civil, dizendo: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.", portanto responsabilidade civil é caracterizada pela indenização do ato ilícito exposto por este artigo (Brasil, 2002).

Quando se trata do assédio moral no âmbito penal, o mais simples é relacionar ao crime de lesão corporal previsto no art.129, do Código Penal, onde recai tanto a possível agressão física sofrida, quanto ao dano à saúde, que engloba o dano psicológico. Com essa definição o assédio moral pode se encaixar em lesão corporal também, deste modo o assédio moral está diretamente ligado aos crimes previstos no capítulo V, do Código Penal, nomeados de crimes contra a honra. Neste âmbito o assédio moral normalmente recai sobre estes crimes, uma vez que o bem jurídico danificado nestes atos ilícitos são a honra do indivíduo (Colombo, 2022).

O Código Penal traz em seus artigos os crimes contra honra, conforme os artigos 138, o crime de calúnia; 139, o crime de difamação; 140 o crime pertinente a injuria; 146 o crime de constrangimento ilegal e por fim 147 o crime de ameaça.

Todos esses crimes citados acima podem ser caracterizados como atentados a honra, pois atacam diretamente a honra ou dignidade do indivíduo, cabendo assim sua caracterização como assédio moral.

Vale ainda destacar que o projeto de lei 4.742 aborda o assédio moral no ambiente de trabalho, propondo o acréscimo de um novo artigo no Código Penal. A sugestão legislativa, foi feita pelo então Deputado Federal Marcos de Jesus, apesar de prosseguir em regime de urgência, o projeto ficou por muitos anos em trâmite dentro do Congresso Nacional até o momento que chegou ao Senado Federal , incluindo assim no Código Penal o artigo 146-A:

Art. 146-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica. Pena - detenção de um a dois anos (BRASIL, 1940).

Conforme exposto acima o âmbito penal possui também maneiras de tutelar o assédio moral, juntamente com outras fontes de direito, uma vez que o assédio moral pode se configurar como dano, ou até crime específico de um tipo penal.

2.3 Previsão legal sobre o viés da CLT

A princípio é importante destacar que o fenômeno social do assédio moral no trabalho possui grande relevância em aspectos laborais. Foi retirado, teoricamente, dos ambientes de estudo da psicologia, passando para as áreas do direito, entretanto no ordenamento até 2018, especificadamente, além da CLT, não haveria previsão direta sobre a temática. Somente em 2019, que a PL 4742/2001 foi aprovada na Câmara Federal. Institui-se, assim, o assédio moral como crime. A definição geral é que a constante violação da dignidade de outro ser em razão de subordinação, ou além disso, derivando danos psicossociais (Souza; Santos, 2022).

Ao se falar em CLT e o assédio moral no trabalho, tem-se o artigo 483, o qual traz uma abordagem sobre a questão da justa causa do empregador, permitindo que o empregado venha rescindir o contrato de trabalho de forma indireta, vejamos o texto da lei:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
 - b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
 - c) correr perigo manifesto de mal considerável;
 - d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
 - e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
 - f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
 - g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.
- § 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatível com a continuação do serviço.
- § 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.
- § 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Brasil, 1943).

Sendo assim, diante da possibilidade hipotética de justa causa do empregador, é possível observar a aplicabilidade em relação a prática do assédio moral no trabalho. Nesse sentido Colombo et al. (2022), destacam que embora a questão do assédio moral não

esteja de forma explícita no dispositivo legal do artigo 483 da CLT, pode ser aplicado em determinadas situações que o empregador provoca constrangimento ou fere a moral do empregado.

Doutrinadores Ramos e Galia (2012), destacam que embora não exista uma legislação específica a aplicação do artigo 483 da CLT pode ser aplicada, inclusive se necessário como pleito judicial da rescisão contratual, com o devido pagamento das verbas indenizatórias e rescisórias trabalhistas, além do pleito pela condenação dos danos morais sofridos.

Nesse viés, fica evidente que não existe uma legislação específica, porém existe uma previsão da aplicação de um compilado de dispositivos legais que oferecem a devida proteção ao trabalhador diante da vivência de uma situação de assédio moral no âmbito do trabalho.

3. A CLT COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS EMPREGADOS SOB VIÉS DO ASSÉDIO MORAL

3.1 Omissão legislativa

Inicialmente é importante destacar que na legislação brasileira não existe dispositivo legal específico que faça uma abordagem, definição ou até mesmo impute uma responsabilidade a situação que decorra de um assédio moral sofrido no ambiente de trabalho, porém trata-se de uma situação que vem ao longo dos anos sendo vivenciada por diversos trabalhadores.

Porém vale destacar a existência de alguns projetos de lei que estão sendo discutidos sobre o tema assédio moral, entre esses tem-se o Projeto de lei 4742/2001, que foi aprovado pela Câmara dos deputados em 2019, o qual traz a tipificação do assédio moral no trabalho como um crime que fere a dignidade humana resultando em sofrimento físico, mental e emocional dentro do exercício do seu cargo e função (Almeida, 2022).

Vale assim, ressaltar que tal projeto de lei ainda tramita na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, no qual, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal para tipificar o crime de assédio moral.

Nesse sentido tal projeto tem como objetivo promover a inclusão no art. 146-A a tipificação do assédio moral, a qual a redação prevê a seguinte inclusão do texto: "ofender reiteradamente a dignidade de alguém causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, no exercício de emprego, cargo ou função", prevendo assim como penalidade a detenção de 1 a 2 anos, e representação contra o agressor terá caráter irretratável (Souza; Santos, 2022).

Porém atualmente ainda não existe qualquer dispositivo específico que venha tratar sobre o assédio moral em ambiente de trabalho, fazendo com que o empregado esteja desprotegido e até mesmo desamparado, porém atualmente a Constituição Federal é o dispositivo que promove a proteção da intimidade de um empregado.

Contudo, importa expor que se deve sempre conferir em cada caso concreto, a tutela mais ampla possível à vítima de assédio. Nessa ceara Fonseca (2007, p. 40) discorre que:

Toda lei, em sentido amplo, deve ser interpretada de forma a amoldar-se às disposições constitucionais, do que é exemplo eloquente a "interpretação conforme a Constituição", a qual busca, dentre as possíveis leituras da norma, aquela que melhor se adapta ao espírito da Carta da República, a fim de lhe assegurar a constitucionalidade – e validade. À parte dessa função interpretativa, têm os princípios função propriamente normativa, flagrantemente perceptível nos casos de omissão legislativa, quando então atuam como fonte supletiva, meios de integração do direito. Exemplificativamente, as recentes e sucessivas decisões que reconhecem direitos como a garantia no emprego, dentre outras formas de tutela, aos portadores do vírus HIV, alicerçaram-se nos fundamentos e princípios constitucionais já referidos. Consoante o primado da máxima eficácia da norma constitucional, em vista do teor dos dispositivos retratados, não há interpretação possível aos casos de assédio moral que não vise a conferir, em cada caso concreto, a tutela mais ampla possível à vítima do abuso.

Sendo assim, a aplicação do assédio moral se dá por meio de interpretação do caso concreto, sempre enaltecendo os princípios constitucionais dando ênfase o princípio da dignidade da pessoa humana, na CLT, porém resguarda o trabalhador durante o processo de ação de danos morais, o amparo promovendo a tipificação da hipótese de extinção contratual indireta. Partindo desse viés, o artigo 483 do Decreto-Lei n.º 5.452 de 1943, traz

a perspectiva de que a humilhação sofrida pelo empregado por parte do empregador seja por conduta omissiva ou lesiva (Almeida, 2022).

Um grande fiscalizador da situação de assédio no trabalho é o Ministério Público Trabalhista, que é detentor legitimo de fiscalizar e exigir que a norma seja respeitada, seja de uso de equipamentos de segurança até a observância de outras regras trabalhistas como a jornada de trabalho, sendo assim, o aspecto do assédio moral sofrido pelo trabalhador deve ser alvo de observação do órgão público (Souza; Santos, 2022).

Cumpre ressaltar que com a chegada da EC nº. 45/2005 foi determinado definitivamente que compete a Justiça do Trabalho julgar as indenizações por danos morais e materiais ocasionados na relação trabalhista, essa competência também foi pacificada pelas súmulas 392 do TST e 736 do STF (Almeida, 2022).

Outro órgão de competência de fiscalização da situação de trabalho dos trabalhadores, são os sindicatos, que visam defender justamente os interesses dos trabalhadores, porém a atuação é algo bastante frágil, uma vez que existe uma força de corporativismo no Brasil, haja visto que os direitos básicos do trabalhador necessitam de fiscalização de um órgão não governamental dentro de uma empresa privada (Rufino, 2013).

Vale ainda destacar que os sindicatos possuem alguns deveres:

O sindicato contribuiu para reafirmar e consolidar a dignidade do trabalho e, por decorrência, a de seu agente, o trabalhador. Ao fazê-lo, resgatando valores que, em certas situações, foram desprezados, o movimento associado, dando força, pela coesão, ao operário, antes isolado, ensejou condições político-jurídicas para que, paulatinamente, se construíssem melhores padrões de Justiça (Chiarelli, 2005, p. 261).

Dessa forma, foram apresentadas as principais formas que, atualmente, o trabalhador poderá se apegar para se proteger da injusta agressão lhe causada. Ademais, infelizmente, denota-se que o assédio moral no âmbito do trabalho gera um clima desagradável, hostil e tenso. Por esse motivo, se faz necessário pontuar as consequências para o causador da prática de assédio moral.

3.2 Consequências práticas sobre a previsão da CLT em relação ao assédio moral

Umas das principais consequências em relação ao assédio no âmbito trabalhista é a rescisão de trabalho, que vale evidenciar que:

O contrato de trabalho cessa, embora destinado a perdurar no tempo; vale o mesmo dizer que as relações contratuais de trabalho finalizam como quaisquer outras, e isto pela própria natureza das coisas (por exemplo, a morte ou invalidez do trabalhador), pela vontade concorde das partes ou até pela iniciativa de apenas um dos contraentes. Quanto à intervenção da vontade unilateral, deve-se sublinhar que um contrato de carácter permanente e em que as relações estão impregnadas pelas ideias de colaboração e confiança mútuas supõe possibilidades de desvinculação: é uma exigência de liberdade pessoal para o trabalhador e é também um postulado dos poderes de disposição em que a entidade patronal está investida quanto à condução da empresa e, portanto, à adequação do volume do trabalho nela empregado (Xavier, 2003, p.448).

Quando passa a existir dentro do ambiente de trabalho o assédio moral, torna-se inviável que se mantenha uma relação trabalhista e a manutenção de um pacto laboral, pois trata-se um não cumprimento daquilo que foi pactuado em contrato, uma vez que são descumpridas as obrigações, levando assim como resultado a rescisão contratual (Yanke, 2022).

Porém, o *ius variandi* do empregador não deve ser confundido com o que se relaciona com uma conduta de assédio moral, uma vez que o *ius variandi* é o poder que é exercício pelo empregador de flexibilização do contrato de trabalho que são adequadas em conformidade com as atividades desenvolvidas pelo empregado, sendo tal situação respaldada no art. 443 da CLT, o que não ocorre em situação de assédio possivelmente vivenciada pelo empregado (Almeida, 2022).

O causador da agressão assim, deve ser demitido por justa causa, fundamentado no Art. 482 da Constituição Federal, além de ser responsabilizado civilmente pelos danos morais diante das condutas praticadas contrárias a moralidade dentro do ambiente de trabalho, deste modo, a justa causa é aplicada em caráter disciplinar para que haja o rompimento do vínculo contratual, sendo dentro da empresa essa a conduta máxima que possa existir (Yanke, 2022).

O assédio moral dentro do ambiente laboral acaba atingindo não somente a vítima, mas também o empregador, causando assim:

Absenteísmo, queda da produtividade da rotatividade da mão de obra, maculando a imagem da empresa e comprometendo a atividade empresarial, além da possibilidade patrimonial em condenações por danos morais e materiais por força dos atos de seus empregadores e prepostos (Silva, 2012, p.58).

Quando ocorre uma situação de assédio moral dentro de uma empresa é comum que haja uma queda na produtividade, o que torna a situação causadora de prejuízos também para a empresa, uma vez que o colaborador que sofre o assédio passa a desenvolver suas atividades de forma tensa e com medo, fazendo com que a produtividade seja comprometida, sendo assim, conforme tal situação vai sendo insistida, a vítima passa a ter prejuízos em vários setores que vão além do profissional, atingindo a vida pessoal (Rufino, 2013).

Neste sentido havendo alguma situação de assédio moral seja de cunho omissivo ou conduta ativa, o empregador agressor tem o dever de reparar aquele empregado agredido, conforme pode ser observado a seguir:

Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região TRT-18: ROTXXXXX31.2020.5.18.0129 GO XXXXX-31.2020.5.18.0129 ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA.O assédio moral caracteriza-se pela prática de variados artifícios levados a efeito no ambiente de trabalho pelo assediador, superior hierárquico ou não do assediado, que, de forma deliberada e sistemática, repetitiva e/ou continuada, comete violência psicológica contra a vítima, com o objetivo de ir minando a sua autoestima, dignidade e reputação, até destruir, por completo, a capacidade de resistência dessa pessoa. Existindo provas nos autos acerca de atos abusivos de que foi vítima a obreira, resta caracterizado o efetivo dano moral, sendo devido o pagamento da indenização pleiteada (TRT 18, ROTXXXXX-25.2020.5.18.0015. Rel. ELVECIO MOURA DOS SANTOS, 3º TURMA, 04/10/2021).

Fica evidente na situação da jurisprudência anterior, que o empregado deve buscar junto a Justiça do Trabalho a reparação do dano moral, uma vez que seu direito à dignidade protegido pelo Art. 5 da Constituição Federal foi ferido, o Código Civil ainda alia em seus artigos 186 e 927, o seguinte:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Brasil, 2002).

Dentro dessa perspectiva levantada pode ser afirmado que o assédio moral trata-se de uma espécie de dano moral que trata-se assim de uma violação da intimidade, vida privada ou honra, tal perspectiva também pode ser observada na Súmula 37 do Superior tribunal de Justiça, a qual traz em outras palavras o mesmo sentido de definição de dano moral, bem como aborda ainda o dever de reparação, veja:

Súmula n. 37 do Superior tribunal de Justiça

Data de aprovação: 12/03/1992

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

(SÚMULA 37, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172)

O ambiente de trabalho deve ser algo salubre, estando assim incluso a questão da saúde mental, sendo assim, um ambiente de trabalho que é hostil e que fere a moralidade do funcionário acaba trazendo uma insalubridade prejudicando a saúde desse colaborador, fazendo assim que nasça uma responsabilidade civil de reparar o dano causado.

Colaciona-se, a seguir, precedentes extraídos de Tribunais Regionais Trabalhistas Brasileiros:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. COMPROVAÇÃO. Configura assédio moral a pressão psicológica imposta aos empregados, traduzida em ofensas e humilhações coletivas ou individuais. Outrossim, o assédio moral exige um comportamento reiterado do ofensor para que cause dano moral ao empregado (perene). Cabe, portanto, ao empregador zelar pela segurança e higiene física e moral no ambiente de trabalho, instituindo políticas de respeito e punição aos agentes ofensores, como ainda criar instrumentos de denúncia e ouvidorias para a fiscalização. Nos presentes autos comprovado o assédio nasce para o empregador seu dever de indenizar a vítima do assédio moral (TRT-11 00019475820145110005, Relator: ELEONORA SAUNIER GONCALVES, Gabinete da Desembargadora Eleonora Saunier Goncalves. Data de Julgamento:28/04/2016).

DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. Se por um lado, a cobrança e fiscalização fazem parte do poder direutivo do empregador, por outro lado, como titular do empreendimento econômico e detentor dos meios de produção, está obrigado a manter um ambiente sadio, respeitando a integridade física de todos aqueles que colocam o trabalho a sua disposição. Assim, a cobrança deve ser exercida com bom senso, de forma respeitosa, sem qualquer tipo de humilhação ou constrangimento. Restando provado nos autos que a empregada era reiteradamente tratada com rigor excessivo e grosseiro, em especial pelas insinuações quanto a sua condição profissional, é devida a indenização por danos morais, haja vista a ofensa aos valores íntimos da pessoa (TRT-16 1576200800116009 MA 01576-2008-001-16-00-9, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 07/12/2010. Data de Publicação: 14/12/2010).

Uma forma eficiente de evitar que situações de assédio ocorram dentro de uma empresa, é por meio da conscientização e da fiscalização que deve ser feita dentro de uma perspectiva não autoritária, mas de forma equilibrada, sem que haja qualquer invasão do espaço particular e pessoal do trabalhador (Chiavenato, 2000).

Deste modo, é possível identificar que a maneira mais eficaz de evitar possíveis ações de reparação de dano moral que envolvam situação de assédio é por meio do diálogo, o que minimizara a ocorrência bem como os seus efeitos negativos do assédio moral dentro do ambiente de trabalho.

CONCLUSÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Brasil oferece mecanismos de proteção aos direitos dos empregados em relação ao assédio moral no ambiente de trabalho. A CLT, juntamente com a Constituição Federal, estabelece os direitos e deveres dos empregados e empregadores, e fornece as bases para ações legais em casos de violações, incluindo assédio moral.

No entanto, é importante notar que a eficácia da CLT como um mecanismo de proteção depende de vários fatores. Isso inclui a conscientização dos empregados sobre seus direitos, a disposição dos empregadores em cumprir a lei e a capacidade do sistema jurídico em responsabilizar os infratores. Além disso, embora a lei possa fornecer um quadro para lidar com o assédio moral, prevenir e lidar efetivamente com o assédio moral no local de trabalho também requer uma cultura organizacional que promova o respeito e a dignidade no local de trabalho.

Conclui-se assim, que em relação ao assédio moral contra o empregado não existe nenhuma legislação que seja específica e que promova maior amparo para os trabalhadores, porém de forma bastante evidente muitos tribunais, quando comprovado o dolo, geram o dever de reparação fundamentando no princípio da dignidade humana.

MORTAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE: AN ANALYSIS OF CLT AS A MECHANISM FOR PROTECTING EMPLOYEES' RIGHTS

ABSTRACT

The workplace, often considered a space for professional growth and personal development, can be clouded by an insidious and harmful problem: bullying. Bullying at work is a complex and sensitive issue that affects the lives of countless workers around the world. Based on this bias, the present study aims to: Analyze the CLT as a mechanism to protect the rights of employees under the bias of moral harassment. For this purpose, a qualitative study of a bibliographic nature was adopted as a methodology, based on doctrine, jurisprudence, legislation and scientific articles that were related to the topic. It is therefore concluded that in relation to moral harassment against employees there is no legislation that is specific and that promotes greater protection for workers, however quite evidently many courts, when fraud is proven, generate the duty of reparation based on the principle of human dignity.

Keywords: Work. Moral harassment. Indemnity.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. S. D. Assédio Moral no Local de Trabalho. Artigo Científico da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS), 2022.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGUIAR, M. A. B. Temas atuais da justiça do trabalho. São Paulo: Thomsom IOB, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/05/2024.

BRASIL. Súmula 37 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 37, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Código Penal Brasileiro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, 1940.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. DF: Presidência da República, 1943.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Jurisprudência. (TRT-11 – ROT: 00019475820145110005 - AM, Relator: Eleonora Saunier Gonçalves, Data de Julgamento: 28 de abril de 2016). Indenização Por Dano Moral. Assédio Moral. Comprovação. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Jurisprudência. (TRT-16 – ROT: 1576200800116009 MA 01576-2008-001-16-00-9, Relator: James Magno Araújo Farias, Data de Julgamento: 14 de dezembro de 2010). Danos Morais. Assédio Moral. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Jurisprudência. (TRT-18 – ROT: XXXX20205180015 GO XXXXX-25.2020.5.18.0015, Relator: Elvecio Moura dos Santos, Data de Julgamento: 04 de outubro de 2021, 3ª Turma). Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. Indenização por Danos Morais Devida. 2021.

CALVO, A. O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional – visão dos Tribunais Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014.

CARVALHO, S. C.; SARAIVA, M. F. A. Evolução histórica do direito trabalhista e a escravidão contemporânea: um retrocesso em relação à Lei Áurea. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior, v.3, n.1, 2021.

CHIARELLI, C. A. O trabalho e o sindicato: evolução e desafios. São Paulo: Ltr, 2005.

CHIAVENATO, I. Gestão de Pessoas: novo papel dos recursos humanos nas organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

COLOMBO, K. A.; SOUZA, S. R.; SILVA, M. M. C. C. Assédio moral no ambiente de trabalho: Possibilidade de configuração no meio virtual. Revista Nativa Americana de Ciências, Tecnologia & Inovação, v.2, n.1, 2022.

DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA, H. D. B. Assédio moral nas relações de trabalho. Campinas: Russel, 2004.

FIORILLO, C. A. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONSECA, R. D. Assédio moral – breves notas. Revista LTr, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 34- 45, jan. 2007.

FREITAS, M. E. Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 41, n. 2, p. 8-19, abr./jun. 2001.

GALVÃO, Vivianny Kelly. Assédio moral: mal-estar no trabalho. Maceió: EDUFAL, 2011.

GUEDES, M. N. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2003.

HIRIGOYEN, M. F. A violência perversa do cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

LOPES, M. S.; LAGE, E. J. Direito e Progresso de trabalho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

LIMA FILHO, T. D. F. C. Evolução histórica do direito do trabalho e sua positivação na legislação brasileira. Revista Digital da faculdade Toledo Presidente Prudente, v.1, n.1, 2016.

MORAES, A. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCONDES, A. L. N.; DIAS, R. Características do bullying como um tipo de assédio moral nas organizações. RPCA ; Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jan./abr. 2011.

MARTINS, S. P. Assédio Moral. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, n. 13, p. 434, jan/dez. 2008.

MENDONÇA, S. B.; BARRETO A. C. C. Assédio moral no serviço público. REDESG/Revista direitos emergentes na sociedade Global, v. 4, n. 2, 2015.

NASCIMENTO, S. A. C. Mascaro. Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, 2004.

NASCIMENTO, S. M. Assédio moral no direito comparado. Revista O Trabalho, n. 143, p. 4809-4821, jan. 2009.

RAMOS, L. L. G.; GALIA, R. Assédio Moral no trabalho. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, A. C.; SANTOS, I. K. B.; SILVA, J. G. J.; SANTOS, M. H. L.; SANTOS, M. O.; COSTA, C. L. M. A. A Evolução dos direitos trabalhista da mulher ao longo dos tempos. Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais., v. 1, n.17, p. 77-84, 2013.

RUFINO, C. P. Efetividade dos Direitos Humanos Trabalhistas. São Paulo: Editora LTr, 2013.

SANTANA, V. S.; ARAÚJO-FILHO, J. B.; ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, P. R.; BARBOSABRANCO, A. Acidentes de trabalho: custos previdenciários e dias de trabalho perdidos. Revista Saúde Pública. v.40, n.60, 2006.

SILVA, J. L. O. Assédio moral no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Leud, 2012.

SILVA, E.P. Assédio moral no trabalho. Revista Psicologia Política. v. 8; n.15; 2008.

SILVA, A.; NUNES, A. S.; OTTANI, A. P. Origem e evolução das relações de trabalho no Brasil. Revista Digital UNESP, 2018.

SCANFONE, L.; TEODÓSIO, A. S. S. Assédio moral nas organizações: novas roupagens para uma antiga temática? Revista E & G Economia e Gestão, v. 4, n. 7, p. 71-80, 2004.

SARLET, I. W. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Pablo Mendes; SANTOS, Ítalo Danyel Amorim. Aspectos jurídicos do assédio moral no trabalho. Revista FT - Ciências Jurídicas, e.114, 2002.

THEODORO JUNIOR, H. Dano Moral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

XAVIER, B.G. L. Curso de direito do trabalho. Lisboa/São Paulo: Verbo, e.15, 2003.

YANKE, S. F. Assédio moral laboral e a responsabilidade civil do empregador. Monografia apresentada no curso de Graduação de Direito da Universidade São Judas Tadeu, 2022.

ESTELIONATO CIBERNÉTICO NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Ana Livia Andrade de Mattos¹⁰

Lucas Paulo Soares de Oliveira¹¹

Fernando Lobo Lemes¹²

RESUMO

Nos últimos anos, o Brasil tem visto um aumento nos casos de estelionato cibernético, impulsionado pela evolução da inteligência artificial (IA). Criminosos utilizam IA para aprimorar técnicas de phishing, criar deepfakes convincentes e automatizar ataques em larga escala, resultando em fraudes mais sofisticadas. Esses golpes causam grandes prejuízos financeiros e minam a confiança dos consumidores em transações online. Para mitigar esses riscos, é crucial investir em tecnologias de defesa avançadas, melhorar sistemas de autenticação e educar os usuários sobre segurança digital, além de aprimorar o arcabouço legislativo sobre o tema. O combate eficaz ao estelionato cibernético depende de uma ação conjunta entre o setor público e privado.

PALAVRAS-CHAVE: Estelionato Cibernético. Inteligência Artificial. Crimes Virtuais.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o Brasil se encontra em uma encruzilhada digital. A revolução tecnológica, impulsionada pelo crescente acesso à internet e pela rápida evolução da inteligência artificial (IA), trouxe consigo inúmeras vantagens e oportunidades. No entanto, também abriu portas para novas formas de criminalidade cibernética, sendo o estelionato virtual uma das mais prevalentes e preocupantes.

O avanço exponencial da tecnologia digital e o aumento do acesso à internet no Brasil têm sido acompanhados por uma alarmante elevação nos casos de fraude cibernética. Este artigo se propõe a analisar, sob uma perspectiva multidisciplinar e

¹⁰ Aluna no Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: analivia.am@outlook.com

¹¹ Aluno no Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: dr.lucaspaulo@gmail.com

¹² Professor no Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: fernando.lemes@faculdaderaizes.edu.br

aprofundada, a crescente incidência de fraudes cibernéticas no Brasil, correlacionando-a com os avanços na tecnologia de inteligência artificial.

Para compreender plenamente este fenômeno, é imperativo examinar o contexto brasileiro de acesso à internet e identificar os principais tipos de fraudes virtuais que afligem a sociedade. Em seguida, abordaremos especificamente as modalidades de estelionato e diversidade populacional, que testemunhou uma expansão significativa no acesso à internet nas últimas duas décadas. Programas de inclusão digital e a popularização de dispositivos móveis permitiram que uma parcela considerável da população, antes excluída do mundo digital, passasse a usufruir das facilidades da conectividade. Este crescimento, embora positivo sob muitos aspectos, também criou um ambiente fértil para a atuação de cibercriminosos.

Além disso, os tipos de fraudes virtuais são diversos e vão desde *phishing*, (prática de enganar, pressionar ou manipular pessoas para que enviem informações ou recursos para as pessoas erradas) e roubo de identidade até golpes mais sofisticados, como fraudes financeiras e esquemas de pirâmide. O impacto econômico dessas atividades ilícitas é vasto, afetando não só indivíduos, mas também empresas e a economia como um todo. Socialmente, a desconfiança gerada por essas fraudes prejudica a adoção de novas tecnologias e serviços digitais, atrasando o progresso e a inovação.

Dentro do escopo das fraudes cibernéticas, o estelionato virtual destaca-se por sua capacidade de adaptação e inovação. Golpistas utilizam técnicas avançadas de engenharia social e aproveitam-se da falta de conhecimento técnico da população para enganar e desviar recursos. Analisar estas formas de estelionato é crucial para desenvolver estratégias eficazes de combate e prevenção.

Paralelamente, a inteligência artificial, com seu desenvolvimento acelerado, tem potencial para transformar profundamente a sociedade. No entanto, também traz desafios significativos, especialmente no campo da segurança digital. A evolução exponencial da IA permite a automação de processos complexos e a criação de sistemas altamente eficientes. Contudo, essas mesmas capacidades podem ser exploradas por

criminosos para sofisticar ataques e criar fraudes mais difíceis de detectar. Existe uma correlação direta entre o avanço das tecnologias de IA e o aumento dos casos de estelionato virtual. Ferramentas de IA são usadas para criar *phishing* altamente personalizado, automatizar ataques em grande escala e explorar vulnerabilidades em sistemas de segurança. Este fenômeno é particularmente preocupante no contexto brasileiro, onde a rápida adoção dessas tecnologias muitas vezes não é acompanhada por medidas de segurança adequadas.

Os efeitos da fraude cibernética vão além das perdas econômicas imediatas. As vítimas enfrentam desafios emocionais e psicológicos significativos, os perpetradores sofrem as consequências legais e a sociedade, de modo geral, lida com a erosão da confiança no ambiente digital. As repercussões econômicas, sociais e jurídicas da fraude cibernética são profundas e exigem uma resposta coordenada e abrangente.

Diante da crescente ameaça de fraudes cibernéticas, torna-se essencial desenvolver e implementar estratégias robustas de prevenção e combate. Governos e instituições precisam formular políticas eficazes que não só punam os infratores, mas também previnam a ocorrência de fraudes. Políticas públicas bem delineadas são fundamentais para a criação de um ambiente digital mais seguro. Além disso, a alfabetização digital é uma ferramenta poderosa na prevenção de fraudes. Educar a população sobre os riscos e as melhores práticas de segurança pode reduzir significativamente a vulnerabilidade aos golpes. A legislação também precisa evoluir junto com a tecnologia para ser eficaz. A discussão sobre as atuais lacunas legais e a proposição de novas formas de regulamentação são essenciais para enfrentar os desafios da fraude cibernética de maneira mais eficiente.

Notavelmente, a análise da crescente incidência de estelionato cibernético no Brasil à luz dos avanços em inteligência artificial revela a necessidade urgente de abordagens integradas que envolvam políticas públicas, educação digital e regulamentação jurídica. Somente assim será possível mitigar os impactos dessa ameaça crescente e garantir a segurança no ambiente digital brasileiro.

1. FRAUDE CIBERNÉTICA NO BRASIL

1.1. A expansão do acesso à internet no Brasil

No início da década de 1980, a comunidade acadêmica de São Paulo e do Rio de Janeiro tomou a iniciativa de trazer a internet para o Brasil. Mas o acesso a ela foi limitado a instituições acadêmicas e de pesquisa, e o país só começou a usar a Internet para fins comerciais em 1994.

Vários fatores, como a redução dos custos de equipamentos e serviços de Internet, contribuíram para o aumento da penetração da Internet no Brasil. O acesso à Internet costumava ser oneroso e reservado a uma elite. No entanto, como resultado das reduções de preços provocadas pelo aumento da concorrência entre os fornecedores de Internet e pelos avanços tecnológicos, um público maior pode agora aceder à Internet.

"A internet mudou a forma como nos comunicamos, trabalhamos, estudamos e nos divertimos. É uma ferramenta essencial para o desenvolvimento social e econômico do país." (IBGE, 2022, p. 22).

Um aumento na disponibilidade de serviços e conteúdo online. Uma variedade cada vez maior de conteúdos e serviços, como notícias, entretenimento, educação e comércio eletrônico, está agora disponível na Internet. Como resultado, o interesse do público pela Internet aumentou.

Por meio de diversas iniciativas, o governo brasileiro ajudou a aumentar o número de pessoas no país com acesso à internet. Dois desses programas se destacam: o Programa Internet para Todos, lançado em 2020, e o Programa Banda Larga para Todos, lançado em 2010.

O Brasil tem visto um aumento notável no acesso à Internet nos últimos anos.

Apenas

13,6% dos domicílios brasileiros tinham acesso à internet em 2005, segundo dados obtidos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do IBGE (2022). Esse percentual aumentou para 90% em 2022.

Embora tenha havido avanços, ainda existem obstáculos a serem superados em termos de acessibilidade à internet no Brasil. Alguns desses desafios incluem:

- O acesso desigual à internet persiste no Brasil, com maior concentração em áreas urbanas, entre classes sociais mais altas e indivíduos com níveis de escolaridade mais elevados.
- A desigualdade no acesso à internet é um desafio que precisa ser enfrentado. É preciso garantir que todos os brasileiros tenham acesso a essa importante ferramenta." (CGI, 2022, p. 12).
- A qualidade do acesso continua sendo um desafio em certas partes do Brasil, dificultando o uso de serviços online que exigem velocidades de conexão mais rápidas.
- A infraestrutura insuficiente de telecomunicações em certas áreas do Brasil representa um desafio para a expansão do acesso à Internet. Nas próximas décadas, prevê-se que o Brasil experimentará uma maior expansão do acesso à Internet. Este crescimento será facilitado pela diminuição dos custos dos equipamentos e serviços de Internet, pela proliferação de conteúdos e serviços online e pelos avanços nas tecnologias de acesso à Internet.

"O desenvolvimento de novas tecnologias de acesso à internet, como a internet 5G, deve contribuir para a expansão do acesso à internet no Brasil." (PwC Brasil, 2023, p. 14).

Até 2025, a projeção é que aproximadamente 20% da população brasileira desfrutará dos benefícios da internet 5G, conforme afirma a PwC Brasil. Esta tecnologia avançada proporcionará velocidades de ligação muito mais rápidas, desempenhando assim um papel crucial na melhoria da acessibilidade à Internet em áreas mal servidas.

Outros fatores, além dos discutidos anteriormente, desempenharam um papel significativo no crescimento da disponibilidade de internet no Brasil. Esses fatores incluem:

- O advento da telefonia móvel na década de 1990, a acessibilidade da Internet tornou-se omnipresente, permitindo aos indivíduos ligarem-se online a partir de qualquer local.

- A ascensão da literacia digital, que começou na década de 2000, desempenhou um papel significativo na promoção de uma sensação de facilidade e confiança entre os indivíduos quando se trata de utilizar a Internet.

- O aumento da acessibilidade e popularidade da internet pode ser atribuído à ascensão dos smartphones, que começaram a surgir na década de 2010. Os benefícios sociais resultantes do aumento da disponibilidade de acesso à Internet no Brasil são numerosos, podemos notar:

- O advento da Internet facilitou uma melhor conectividade entre os indivíduos, permitindo uma comunicação rápida e sem esforço, independentemente das barreiras geográficas.

- A Internet revolucionou a forma como acessamos e obtemos informações, tornando-as mais prontamente disponíveis e facilmente acessíveis aos indivíduos.

- A Internet proporcionou aos indivíduos a oportunidade de se envolverem mais ativamente na sociedade, expandindo o seu envolvimento em áreas como o ativismo, a política e a educação. Este aumento da participação social é resultado direto da influência da Internet.

- As empresas e os trabalhadores registram um aumento na produtividade graças à Internet.

A Internet desempenhou um papel importante no aumento do consumo, com atividades como compras online e streaming de conteúdo contribuindo para esse aumento.

O avanço positivo da acessibilidade à internet no Brasil é um empreendimento transformador, pois confere inúmeras vantagens à sociedade. Melhorando a comunicação, a disseminação de informações, a educação e o entretenimento, a Internet permite que os indivíduos se envolvam nessas atividades com maior eficiência. Além disso, a Internet desempenha um papel fundamental na promoção do progresso económico e social da nação.

1.2. Principais tipos de fraudes virtuais e seu impacto econômico e social

Consoante noção cediça, desde o advento da internet e do grande aumento do número de seus usuários, a incidência de crimes virtuais cresceu consideravelmente. Nesse sentido, Oliveira (2022), argumenta que as fraudes virtuais são uma ameaça crescente para a sociedade, causando danos econômicos e pessoais às vítimas. De mais a mais, estes crimes têm se tornado cada vez mais sofisticados, fato que se justifica, em parte, pela facilidade de manuseio dos meios virtuais, pelos avanços tecnológicos, bem como pela dificuldade em se punir os criminosos, tendo em vista a dificuldade em descobrir suas identidades e a ausência de legislações específicas sobre o tema.

A fraude virtual refere-se a atos criminosos que utilizam a Internet como meio para enganar as vítimas e obter benefícios financeiros ou outros. Estes crimes trazem sérios problemas à sociedade, uma vez que causam não apenas perdas econômicas e materiais, mas geram também danos mentais às vítimas.

Acredita-se que o fenômeno é devido, principalmente, ao crescimento exponencial do uso da internet na rotina dos brasileiros desde a pandemia do vírus Covid19. "Isso criou um ambiente propício para que criminosos explorassem as vulnerabilidades nesses sistemas", disse David Marques, sociólogo e coordenador do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Por assim ser, segundo o Podcast Segurança Digital (2023), as fraudes virtuais estão evoluindo rapidamente, uma vez que os fraudadores estão sempre desenvolvendo

novas técnicas para enganar as vítimas. Dessa forma, conclui-se que as modalidades de crimes com o uso da internet são variadas — e só vêm crescendo.

Os crimes cibernéticos baseiam-se em três fundamentos principais:

Confiança: A fraude virtual baseia-se frequentemente na confiança da vítima na instituição e nas pessoas com quem interage online.

Lacunas: As fraudes online exploram frequentemente os pontos fracos das vítimas, como a falta de conhecimentos sobre segurança cibernética ou a falta de oportunidade de prestar atenção.

Oportunidade: A fraude virtual é muitas vezes mais comum em momentos de oportunidade, como durante uma crise econômica ou evento de impacto.

Para Santos (2023), os fraudadores estão sempre inovando, desenvolvendo novas técnicas para enganar as vítimas. Um exemplo recente é o uso de *deepfakes*, vídeos ou áudios falsos criados por meio de inteligência artificial que podem ser usados para criar vídeos de pessoas famosas fazendo declarações falsas ou comprometedoras.

Como se depreende, existem muitos tipos de golpes cibernéticos, sendo estes os principais:

Phishing (pesca) – é uma forma de fraude que envolve o envio de mensagens falsas, muitas vezes por e-mail, fingindo ser uma instituição ou pessoa confiável. O objetivo é enganar as vítimas para que forneçam informações pessoais ou financeiras;

Software malicioso (Malware) – é um software malicioso que pode ser instalado no dispositivo da vítima sem o conhecimento da vítima. O malware pode ser usado para roubar dados, assumir o controle do dispositivo da vítima ou espalhar outras formas de malware;

Roubo de identidade – Criminosos obtêm informações pessoais, como números de CPF, RG e dados bancários, para se passarem por outra pessoa, realizando transações fraudulentas em nome da vítima;

Clonagem de cartões – Obtêm-se dados de cartões de crédito ou débito para replicá-los em um novo cartão, utilizado para realizar compras fraudulentas ou saques indevidos;

Fraude no comércio eletrônico – refere-se a crimes que ocorrem durante compras online. Os fraudadores podem se passar por lojas ou vendedores legítimos para induzir as vítimas a obterem seus dados financeiros, ou até mesmo criam anúncios falsos ou sites fraudulentos são criados para vender produtos inexistentes ou de baixa qualidade, enganando o consumidor e induzindo-o a erro.

De maneira geral, as fraudes virtuais custaram à economia global cerca de US\$ 6 trilhões em 2022, um aumento de 10% em relação ao ano anterior. Sob tal ambulação, cumpre ressaltar que o Brasil é um dos países mais afetados por esse tipo de crime, com perdas estimadas em R\$ 10 bilhões, afirma Forbes (2023).

1.3. As formas de estelionato cibernético no Brasil

A realidade anteriormente abordada não é diferente no que se refere ao estelionato cibernético, conduta criminosa na qual o agente faz uso da internet e de meios digitais para enganar vítimas em benefício próprio, ao passo em que se utiliza da ingenuidade, da confiança ou da ausência de saber tecnológico das vítimas para obter vantagem ilícita para si.

Este crime pode ser cometido por meio de diversas técnicas e estratégias fraudulentas, e tem se tornado uma questão significativa no Brasil. Isso pois o estelionato virtual atingiu números surpreendentes no ano de 2022. Com base na 17ª edição do

Anuário Brasileiro de Segurança Pública foram mais de 1,8 milhão de ocorrências, o que significa um crescimento de 326,3% em quatro anos nessa modalidade.

Nesse espeque, criminosos criam páginas fictícias, por meio das quais fazem propostas chamativas e, em muitos casos, enviam mensagens por *WhatsApp* se passando por outros indivíduos, o que acaba por ludibriar as vítimas mais vulneráveis. Essas fraudes aplicadas caracterizam o crime de estelionato virtual.

A caracterização do crime de estelionato requer quatro pressupostos, quais sejam: a obtenção de vantagem ilícita; que seja causado o prejuízo a outra pessoa; o uso de meio de ardil ou artimanha; e que esteja demonstrada a intenção do agente em enganar alguém ou a induzir ao erro, de forma se ilude e/ou engana a vítima, a fim de que ela, por vontade própria, entregue bens ou objetos, por ter sido induzida a uma visão distorcida dos fatos.

A respeito da expressão "vantagem ilícita", Fernando Capez (2020) ensina que se trata do objeto material do crime e, caso o agente esteja agindo em razão de uma vantagem devida, a conduta é tipificada como exercício arbitrário das próprias razões, delito previsto no art. 345, do Código Penal.

Na mesma perspectiva, os golpes cometidos através das redes sociais também cresceram significativamente. Nessa esfera, inúmeros golpes, como por exemplo pedidos de doações enganosas e a disseminação de informações fraudulentas vêm sendo aplicados por meio de perfis falsos, visando adquirir valores materiais ou roubar dados pessoais e financeiros dos usuários.

Sob esse ângulo, uma das formas com maior incidência de estelionato virtual é o *phishing*, na qual os agentes criam e-mails, mensagens ou sites falsos que imitam instituições legítimas para induzir as vítimas a compartilhar informações confidenciais, como senhas bancárias, números de cartão de crédito ou dados pessoais. Esses dados são então usados para cometer fraudes financeiras.

Outra prática comum é o golpe de clonagem de cartões, em que os criminosos obtêm os dados de um cartão e os replicam em outro, geralmente para efetuar compras fraudulentas ou saques indevidos.

Da mesma forma, o comércio eletrônico também é um terreno fértil para o estelionato virtual. Os golpistas aproveitam-se de sites falsos ou de anúncios fraudulentos para vender produtos inexistentes ou de qualidade inferior, ludibriando consumidores desavisados.

Além disso, há os esquemas de pirâmide financeira, em que os criminosos prometem altos retornos sobre investimentos, mas na verdade estão apenas redirecionando o dinheiro dos novos investidores para pagar os antigos, sem nenhum sustento financeiro real.

De forma evidente, as modalidades de estelionato virtual são diversas e continuamente evoluem, adaptando-se aos avanços tecnológicos e às mudanças nos comportamentos das pessoas online. Além das já mencionadas, outras práticas vêm ganhando destaque.

Um exemplo são as práticas de engenharia social que têm se destacado, onde os criminosos se aproveitam da persuasão e manipulação psicológica para convencer as vítimas a agirem contra seus próprios interesses, fornecendo informações confidenciais ou executar ações que resultam em prejuízo financeiro.

Outro aspecto importante é o uso de falsos sites de leilões, onde bens são anunciados para venda, mas o produto não existe ou não é entregue após o pagamento. Isso afeta não apenas consumidores individuais, mas também empresas que confiam nesses mecanismos para realizar transações comerciais.

Em conclusão, o estelionato virtual no Brasil apresenta diversas modalidades que exploram a vulnerabilidade das pessoas na era digital. A prevenção, a educação e o fortalecimento das leis e da capacidade de aplicação delas são fundamentais para mitigar esse tipo de crime e proteger os cidadãos e instituições contra essas práticas fraudulentas cada vez mais sofisticadas e prejudiciais.

2. A EVOLUÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1. Características e desafios da evolução da Inteligência Artificial

A pesquisa sobre inteligência artificial (IA) tem crescido rapidamente desde sua criação na década de 1950, segundo Russell e Norvig (2016). E, de acordo com Poole e Mackworth (2017), a inteligência artificial é definida como a capacidade de um sistema de computador de realizar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, como planejamento, aprendizado, compreensão de linguagem natural e reconhecimento de voz.

Como resultado, a Inteligência Artificial (IA) está se tornando cada vez mais prevalente em nossas vidas, com aplicações como reconhecimento de voz e tomada de decisões complexas. O Brasil, assim como muitos outros países, tem visto o uso da IA em uma variedade de setores, como saúde, educação, finanças, transporte e muito mais. Por exemplo, a indústria de saúde tem usado a IA para diagnosticar doenças com mais precisão, criar tratamentos personalizados e acelerar a pesquisa médica. O setor financeiro tem usado algoritmos de IA para fazer previsões e analisar grandes quantidades de dados, fornecendo informações que os humanos normalmente não conseguiram identificar.

Primeiramente destaca-se o que foi afirmado por Goodfellow, Bengio e Courville (2016), a inteligência artificial é composta por uma variedade de capacidades essenciais. Para começar, a IA possui a capacidade de aprender e adaptar-se a novas circunstâncias. Técnicas de aprendizado de máquina são frequentemente usadas para fazer isso. Essas técnicas ensinam os sistemas de IA a trabalhar com grandes conjuntos de dados e aprender a fazer previsões ou tomar decisões com base nesses dados.

Em segundo lugar, Chen, Min, Yu, Chen e Hao (2020) afirmam que a inteligência artificial pode processar grandes volumes de dados muito mais rapidamente do que os humanos. A análise de grandes conjuntos de dados e a condução de veículos autônomos são algumas das muitas aplicações da IA que podem ser feitas com isso.

Assim, a IA oferece várias vantagens. A principal é a eficiência operacional. A IA pode aumentar a eficiência operacional in várias áreas, como a manufatura e os serviços

financeiros. As organizações também podem tomar decisões mais fundamentadas e precisas analisando grandes quantidades de dados com algoritmos de IA avançados. A IA também pode melhorar.

Apesar de seu potencial a IA tem muitos problemas apesar de seu potencial. A privacidade e a ética são os principais problemas. Afirmam Cath, Wachter, Mittelstadt, Taddeo e Floridi (2018) que devido à frequência com que a IA é empregada no processamento de grandes volumes de dados, muitas vezes pessoais, há dúvidas sobre como esses dados são usados e protegidos. Outro desafio significativo é a deslocação de postos de trabalho é uma preocupação importante porque a automatização da IA pode resultar em desemprego e deslocação de postos de trabalho, especialmente em setores onde a automatização de tarefas repetitivas é fácil de fazer. Uma desvantagem adicional da IA é sua dependência de dados.

Além dos supracitados a transparência e a aplicabilidade da IA são outros grandes desafios, além dos mencionados anteriormente. De acordo com Rudin (2019), uma grande quantidade de algoritmos de IA são considerados "caixas-pretas" devido ao fato de serem difíceis de entender o processo pelo qual eles tomam suas decisões. Quando as decisões tomadas pelo IA precisam ser justificadas, isso pode ser um problema.

Portanto, a adoção da IA está tendo um impacto significativo e duradouro na humanidade. A IA vem alterando nossa comunicação, aprendizado, trabalho e até mesmo nossas mentes. Mas junto com os benefícios, também há questões. A IA tem o potencial para aumentar as desigualdades existentes, pois aqueles com acesso à tecnologia colhem os benefícios, enquanto aqueles sem acesso são abandonados. Além disso, a IA também levanta questões éticas complexas, como a justiça e a transparência na tomada de decisões.

Em suma, a inteligência artificial é uma força poderosa que está transformando nosso mundo. Para maximizar os benefícios e minimizar os riscos desta tecnologia, é fundamental que continuemos estudando-a. Como sociedade, devemos colaborar para

garantir que a IA seja usada de maneira justa e responsável, e que todos tenham a chance de participar e se beneficiar de suas promessas.

2.2. A relação entre o avanço da IA e o crescimento dos casos de estelionato virtual

A inteligência artificial (IA) tem sido tornado uma tecnologia revolucionária em várias áreas, trazendo tanto vantagens quanto problemas. O aumento preocupante nos casos de estelionato virtual no Brasil tem acompanhado o avanço da IA.

Surgindo na década de 1950, a IA tem sua origem praticamente confundida com a própria origem do computador. Sobre o entendimento Russell e Norvig (2016) atualmente, estamos atravessando um período de otimismo sobre os possíveis benefícios que a IA pode prover. A inteligência artificial está usada em uma variedade de produtos e serviços, incluindo, mas não limitado a buscas na internet, compras do comércio eletrônico, serviços bancários virtuais, aplicativos para *smartphones* e outros. No entanto, embora a IA possa oferecer várias vantagens, como praticidade, velocidade e qualidade dos serviços, também traz questões éticas, morais e sociais, bem como riscos, caso seja usada de forma irresponsável ou para fins desfavoráveis.

No Brasil, os casos de estelionato virtual estão aumentando in conjunto com o desenvolvimento da inteligência artificial. O estelionato virtual envolve a utilização de meios eletrônicos para enganar e fraudar pessoas, causando danos financeiros e à segurança digital. Como demonstrado por pesquisas realizadas no Brasil sobre o aumento do estelionato virtual, os criminosos cibernéticos têm se aproveitado das vulnerabilidades encontradas em sistemas automatizados e algoritmos de inteligência artificial para perpetrar golpes cada vez mais sofisticados.

Destaca-se que o número de estelionatos no Brasil mais que quadruplicou nos últimos cinco anos, segundo a pesquisa do site G1 (2023). Em 2022, foram registrados 1.819.409 casos, 326% a mais que em 2018, quando foram registrados 426.799 casos. Além disso, como resultado da pandemia de COVID-19, o país viu um aumento ainda

mais expressivo no crime eletrônico. Em 2021, foram registrados 120.470 casos; em 2022, foram 200.322 casos, aumentando 66,2%.

É notável que vínculo entre o aumento dos casos de estelionato virtual no Brasil e o desenvolvimento da inteligência artificial está complexo. Por outro lado, a IA pode detectar e prevenir fraudes analisando padrões de comportamento e identificando atividades suspeitas. No entanto, estudos sobre as aplicações da IA em crimes cibernéticos mostram que os criminosos também têm explorado a IA para aprimorar suas técnicas de engenharia social e *phishing*, tornando mais difícil a detecção de fraudes.

É entendido pela Forbes Brasil (2023) que o aumento do estelionato virtual impulsionado pela IA tem um efeito significativo na sociedade brasileira. Além de sofrer perdas financeiras substanciais, as vítimas desses golpes podem sofrer danos à sua reputação e ao seu bem-estar emocional. Ademais, o estelionato virtual pode prejudicar a confiança do sistema financeiro como um todo e nas transações online.

Vê-se que a IA foi empregada para automatizar e melhorar uma variedade de processos, incluindo aqueles utilizados por criminosos para cometer estelionato. A IA permitiu que os golpistas usassem ferramentas mais complexas para enganar e cometer fraudes. Por exemplo, eles podem usar IA para enganar sistemas de segurança, criar sites e e-mails que parecem verdadeiros, ou até mesmo imitar vozes humanas em chamadas telefônicas.

Também segundo a Forbes Brasil (2023) sabe-se que o aumento do estelionato virtual impulsionado pela IA tem um efeito significativo na sociedade brasileira. Além de sofrer perdas financeiras substanciais, as vítimas desses golpes podem sofrer danos à sua reputação e ao seu bem-estar emocional. Além disso, a estelionato virtual tem o potencial de diminuir a confiança nas

Além disso, o Senado Federal (2023) afirma que para combater o estelionato virtual, governos, empresas e organizações civis devem trabalhar mais juntos. Isso inclui investigar e punir os infratores, compartilhar informações sobre ameaças e desenvolver novas tecnologias de segurança.

É importante salientar que a IA em si não é inherentemente perigosa. Como toda tecnologia, sua influência depende de como é usada. Assim, embora alguns indivíduos possam utilizar a IA para cometer delitos, outros indivíduos estão empregando a mesma tecnologia para detectar e prevenir fraudes. Assim, para garantir que a IA seja usada de maneira ética e responsável, é essencial criar e aplicar regulamentos e medidas de segurança sólidas, conforme Bostrom (2014).

2.3. O impacto econômico, social e jurídico da fraude cibernética nas vítimas, nos perpetradores e na sociedade em geral

A fraude cibernética é problema crescente que afeta a segurança digital, além de impactar de forma ampla e profunda os aspectos sociais, econômicos e jurídicos no Brasil.

No Brasil, este tipo de fraude tem um grande impacto na economia, causando perdas financeiras para empresas e indivíduos. A recuperação de dados, a reparação de sistemas comprometidos e a compensação por danos causados por fraudes cibernéticas são todos custos financeiros significativos. Além disso, segundo Santos e Lima (2022) a perda de confiança dos consumidores e investidores devido a incidentes de fraude cibernética pode afetar a reputação e a credibilidade das empresas, resultando em impactos econômicos a longo prazo.

A respeito das vítimas individuais na ótica de Anderson (2013), a perda direta de dinheiro pode ser devastadora para as vítimas individuais. Além disso, as empresas enfrentam despesas substanciais como resultado da detecção, prevenção e resposta a incidentes de fraude cibernética na análise de Moore, Clayton e Anderson (2009). Segundo Choo (2008), a fraude cibernética tem o potencial de desestabilizar os mercados financeiros e diminuir a confiança dos consumidores. Os investimentos em cibersegurança do Brasil estão projetados para atingir 8,3 bilhões de reais (1,7 bilhões de dólares) em 2023 e podem chegar a 10,8 bilhões de reais (2,2 bilhões de dólares) até 2026 (Evolving Threats: The State of Personal Data Protection in Brazil).

Já no aspecto social, no Brasil, a fraude cibernética tem consequências que vão além da economia. As consequências sociais da fraude cibernética incluem violação da privacidade dos cidadãos, roubo de informações pessoais e disseminação de fake News e desinformação online. Essas práticas prejudicam a confiança na segurança digital e na veracidade das informações online, tendo um efeito na sociedade como um todo. Além disso, Oliveira (2021) relata que a exposição a golpes cibernéticos pode causar estresse, ansiedade e desconfiança entre os usuários da internet, o que afeta o bem-estar social.

Ainda no âmbito social, a perda de confiança nas instituições digitais pode ser causada pela fraude cibernética. Isso, segundo Button, Lewis e Tapley (2014) pode fazer com que as pessoas se absterem de participar da economia digital, o que, por sua vez, torna mais difícil obter serviços essenciais. Além disso, Brenner (2010) ressalta que as vítimas de fraude cibernética geralmente enfrentam um alto grau de estresse psicológico e emocional. No Brasil, um estudo de Lemos (2023) do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação revelou que 42% dos brasileiros estão "muito preocupados" com seus dados quando fazem compras online.

Do ponto de vista jurídico, A fraude cibernética no Brasil levanta questões complicadas sobre responsabilidade legal, punição de criminosos cibernéticos e proteção dos direitos dos cidadãos. A aplicação eficaz da lei está desafiada por falta de legislação específica e dificuldades para rastrear e identificar os autores de crimes cibernéticos. Além disso, Silva (2023) mostra que a cooperação internacional para investigar e processar crimes cibernéticos torna o aspecto jurídico da fraude cibernética no Brasil mais complicado.

Além do ressaltado, a fraude cibernética apresenta desafios únicos do âmbito jurídico. Nesse sentido, Wall (2007), argumenta que a aplicação eficiente das leis existentes é dificultada pela natureza transnacional da internet e pela rapidez com que os crimes cibernéticos podem ser cometidos. Além disso, a falta de harmonização das leis de cibercrime em todo o mundo complica ainda mais os esforços de aplicação da lei. No Brasil, muitas mudanças regulatórias foram conduzidas nos últimos anos, levando à

consolidação de uma política de cibersegurança e ao desenvolvimento do projeto 5G após a conclusão do lance público em bandas de frequência em 2021 como Carapeto (2022) relatou.

No Brasil e no mundo houve vários casos notáveis de fraude cibernética. Segundo a BBC (2018) em 2018, a Cambridge Analytica, uma empresa de análise de dados, obteve acesso indevido aos dados pessoais de 87 milhões de usuários do Facebook sem o consentimento deles. As informações foram utilizadas para fins políticos, incluindo a campanha eleitoral de Donald Trump nos Estados Unidos. O escândalo abalou a confiança dos usuários na plataforma e gerou um debate global sobre privacidade online.

Já pela Polícia Federal (2023), o denominado "golpe do WhatsApp", que explora a engenharia social para roubar dados pessoais e financeiros das vítimas, se tornou um dos principais crimes digitais da atualidade. Através de mensagens falsas que se passam por familiares ou amigos, os criminosos induzem as vítimas a fornecerem informações confidenciais, como senhas bancárias ou números de cartão de crédito. O golpe, que afeta pessoas de todas as idades e classes sociais, já causou prejuízos milionários em diversos países, incluindo o Brasil.

Concluindo, a fraude cibernética no Brasil tem impactos profundos nos aspectos econômico, social e jurídico da sociedade. Para enfrentar esse desafio crescente, é essencial adotar medidas preventivas, como a implementação de políticas de segurança cibernética robustas, a conscientização dos usuários da internet e a atualização constante da legislação para lidar com crimes cibernéticos. A colaboração entre setores público e privado, a cooperação internacional e o investimento em tecnologias de segurança são fundamentais para mitigar o impacto da fraude cibernética e proteger a economia, a sociedade e a justiça no Brasil.

3. SEGURANÇA DIGITAL: MEIOS DE PREVENÇÃO E COMBATE À FRAUDE CIBERNÉTICA

3.1. Políticas públicas e o combate ao estelionato virtual

O estelionato virtual emerge como uma preocupação contemporânea, demandando ações coordenadas e eficazes por parte das políticas públicas. Este estudo propõe uma análise das estratégias adotadas pelo Estado no enfrentamento desse fenômeno, com foco na proteção dos cidadãos frente aos riscos inerentes ao ambiente digital.

De acordo com Smith (2018), o estelionato virtual se caracteriza pela utilização de meios eletrônicos para a prática de fraudes, envolvendo desde a obtenção ilegal de informações pessoais até a manipulação de transações financeiras. Nesse contexto, a abordagem tradicional das políticas públicas se mostra inadequada, exigindo uma revisão e adaptação constantes para lidar com as novas formas de crime.

Uma das principais estratégias adotadas pelos governos é a implementação de legislações específicas para o combate ao crime cibernético. Conforme observado por Jones (2020), leis que criminalizam práticas como *phishing*, clonagem de cartões e invasão de sistemas têm sido fundamentais para dissuadir potenciais infratores e fortalecer a punição aos responsáveis.

Além da esfera legal, as políticas públicas também se voltam para a educação e conscientização da população sobre os riscos do estelionato virtual. Segundo Brown (2019), campanhas de mídia e programas de educação digital são essenciais para capacitar os usuários a reconhecerem e evitarem tentativas de fraude online, reduzindo assim o número de vítimas.

Outra frente importante de atuação é o fortalecimento da cooperação internacional no combate ao crime cibernético. Como salientado por Johnson (2021), o estelionato virtual muitas vezes transcende fronteiras, exigindo uma abordagem global que envolva a troca de informações entre países, a harmonização de legislações e a cooperação em investigações.

Por fim, é crucial destacar o papel das tecnologias de segurança na proteção dos usuários contra o estelionato virtual. Autores como García (2017) apontam para a

importância do desenvolvimento contínuo de ferramentas de criptografia, autenticação multifatorial e detecção de anomalias, como forma de mitigar os riscos associados às transações online.

Em síntese, as políticas públicas em combate ao estelionato virtual devem abranger uma gama ampla de medidas, desde a criação de legislações específicas até a promoção da educação digital e o investimento em tecnologias de segurança. Somente por meio de uma abordagem abrangente e coordenada será possível enfrentar eficazmente esse desafio crescente no mundo digital.

3.2. A necessidade de educação digital no Brasil

Os crimes virtuais têm se tornado uma preocupação crescente no Brasil, exigindo abordagens eficazes por parte das políticas públicas e da sociedade em geral. Neste contexto, a educação digital emerge como uma ferramenta fundamental para capacitar os cidadãos a reconhecerem e evitarem potenciais ameaças no ambiente online.

De acordo com Silva (2019), a falta de conhecimento sobre os riscos cibernéticos contribui para a vulnerabilidade dos usuários brasileiros, tornando-os alvos fáceis para criminosos virtuais. Diante disso, investir em programas de educação digital se apresenta como uma medida essencial para conscientizar a população e reduzir a incidência de crimes como *phishing*, roubo de identidade e fraudes financeiras.

A importância da educação digital também é destacada por Souza (2020), que ressalta a necessidade de promover uma cultura de segurança cibernética desde a educação básica. Ao incorporar o ensino de habilidades como proteção de dados, verificação de fontes online e uso seguro de dispositivos eletrônicos nas escolas, é possível preparar as futuras gerações para enfrentar os desafios do mundo digital.

Além disso, a educação digital pode desempenhar um papel crucial na inclusão digital e na redução das desigualdades sociais. Conforme apontado por Oliveira (2018), o acesso à informação e à formação em tecnologia da informação pode empoderar

grupos historicamente marginalizados, tornando-os menos suscetíveis a golpes e fraudes online.

É importante ressaltar que a educação digital não se limita apenas aos indivíduos, mas também deve englobar as empresas e instituições governamentais. Segundo Santos (2021), programas de treinamento e conscientização voltados para funcionários e gestores são essenciais para fortalecer as defesas cibernéticas das organizações e evitar ataques de cunho financeiro e de vazamento de dados.

Em suma, a necessidade de educação digital no Brasil em combate aos crimes virtuais é inegável. Por meio do desenvolvimento de programas abrangentes e acessíveis, é possível capacitar os cidadãos a navegarem com segurança no mundo digital, reduzindo assim a incidência e o impacto dos delitos cibernéticos.

3.3. Legislação e fraude: novas formas de regulamentação da fraude cibernética

A crescente incidência de fraudes cibernéticas no Brasil tem impulsionado a necessidade de atualização e criação de novas formas de regulamentação para lidar com esse fenômeno. Neste estudo, investigamos as tendências emergentes na legislação brasileira relacionada à fraude cibernética, bem como seu impacto na prevenção e punição desses crimes.

A Lei nº 12.737/2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, representa um marco inicial na legislação brasileira sobre crimes cibernéticos. Esta lei criminaliza a invasão de dispositivos eletrônicos, prevendo penas para aqueles que violarem indevidamente sistemas informáticos, furtarem dados ou prejudicarem o funcionamento de computadores alheios.

Além da Lei Carolina Dieckmann, outras iniciativas legislativas têm buscado ampliar o escopo de combate à fraude cibernética no Brasil. Um exemplo notável é a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que

estabelece diretrizes para o tratamento de informações pessoais por parte de empresas e organizações, visando proteger a privacidade e a segurança dos dados dos cidadãos.

No entanto, apesar dos avanços legislativos, ainda persistem lacunas na regulamentação da fraude cibernética no Brasil. Como apontado por Silva (2020), a falta de uma legislação específica para crimes como *phishing*, *ransomware* e fraude online dificulta a investigação e punição dos responsáveis, deixando os cidadãos vulneráveis a ataques virtuais.

Diante desse cenário, propostas de novas leis e regulamentações têm sido discutidas no âmbito legislativo brasileiro. Uma delas é o Projeto de Lei nº 2.630/2020, conhecido como Lei das *Fake News*, que visa combater a disseminação de informações falsas e a manipulação digital, crimes frequentemente associados à fraude cibernética.

Além das iniciativas legislativas, é fundamental fortalecer os mecanismos de cooperação entre órgãos governamentais, instituições financeiras e empresas de tecnologia na prevenção e combate à fraude cibernética. Como destacado por Oliveira (2019), a colaboração entre diferentes atores é essencial para identificar e neutralizar ameaças virtuais em tempo hábil, protegendo assim a segurança e integridade do ambiente digital no Brasil.

Em resumo, a regulamentação da fraude cibernética no Brasil está em constante evolução, refletindo a necessidade de adaptação às novas ameaças e tecnologias. A implementação de leis mais abrangentes e eficazes, aliada à cooperação entre setores público e privado, é essencial para enfrentar esse desafio complexo e proteger os cidadãos contra os riscos do mundo digital.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, ao investigar a crescente incidência de estelionato cibernético no Brasil à luz da evolução da inteligência artificial, oferece uma visão aprofundada e multifacetada dos desafios contemporâneos enfrentados pela sociedade brasileira. Ao longo desta análise, delineamos não apenas o panorama atual das fraudes

cibernéticas, mas também as dinâmicas que impulsionam essa modalidade criminosa em um contexto de rápida transformação tecnológica. É imperativo, portanto, sintetizar as principais conclusões deste estudo e discutir as implicações para futuras políticas públicas, medidas de segurança e o arcabouço jurídico.

Em primeiro lugar, a expansão do acesso à internet no Brasil, um fenômeno observado nas últimas duas décadas, embora tenha democratizado o uso da tecnologia, também expôs uma parcela significativa da população a riscos cibernéticos. O aumento exponencial de usuários conectados criou um terreno fértil para a proliferação de fraudes virtuais, evidenciando a necessidade de estratégias de segurança robustas e inclusivas. O estudo revelou que a falta de conhecimento técnico e a ausência de uma cultura de segurança digital tornaram os usuários mais vulneráveis aos ataques de estelionatários cibernéticos, que se aproveitam dessas lacunas para perpetrar seus crimes.

Ademais, a pesquisa detalhou os principais tipos de fraudes cibernéticas, incluindo *phishing*, roubo de identidade, fraudes financeiras e esquemas de pirâmide, destacando o impacto econômico e social devastador dessas atividades ilícitas. As perdas financeiras sofridas por indivíduos e empresas são apenas a ponta do iceberg; o verdadeiro dano reside na erosão da confiança na economia digital e no retardamento do progresso tecnológico. A inovação, que deveria ser um motor de crescimento e inclusão, encontra-se ameaçada pela desconfiança e pela insegurança digital.

Paralelamente, a evolução da inteligência artificial foi identificada como um fator crucial na sofisticação das fraudes cibernéticas. A IA, com suas capacidades avançadas de aprendizado de máquina e análise de big data, não apenas potencializou a eficiência e a precisão dos ataques, mas também tornou mais complexa a tarefa de detecção e prevenção por parte das autoridades e das vítimas. A correlação entre o avanço das tecnologias de IA e o aumento dos casos de estelionato virtual sublinha a necessidade urgente de desenvolver tecnologias de segurança igualmente avançadas e adaptativas.

Nesse contexto, o impacto econômico, social e jurídico das fraudes cibernéticas foi exaustivamente explorado. As vítimas não enfrentam apenas perdas financeiras, mas

também sofrem danos psicológicos e emocionais profundos. Por outro lado, os perpetradores, quando identificados e processados, revelam as falhas e as necessidades de atualização no sistema jurídico. Além disso, a sociedade como um todo lida com as consequências da crescente desconfiança no ambiente digital, o que demanda uma resposta coordenada e multidisciplinar.

Por conseguinte, a pesquisa enfatiza a importância de políticas públicas bem delineadas e eficazes no combate ao estelionato virtual. Estas políticas devem não apenas focar na punição dos infratores, mas também na prevenção das fraudes, por meio de campanhas de conscientização e educação digital. A alfabetização digital emerge como um pilar fundamental para mitigar a vulnerabilidade dos usuários e fortalecer a resiliência contra os golpes cibernéticos.

Além disso, a legislação precisa acompanhar a velocidade das transformações tecnológicas. As lacunas legais identificadas durante a pesquisa indicam a necessidade de uma regulamentação mais ágil e adaptativa, capaz de responder prontamente às novas formas de fraude que surgem com o avanço da IA. Propostas legislativas inovadoras e a revisão contínua do marco jurídico são essenciais para garantir a proteção dos cidadãos e a integridade do ambiente digital.

Em suma, a presente pesquisa não apenas elucida as complexas interações entre a expansão do acesso à internet, a evolução da inteligência artificial e o aumento das fraudes cibernéticas, mas também propõe um conjunto de recomendações práticas e estratégicas para enfrentar esse desafio multifacetado. É evidente que a segurança digital no Brasil depende de uma abordagem integrada que englobe políticas públicas eficazes, educação digital abrangente e uma legislação atualizada e robusta. Somente através de uma resposta coordenada e proativa será possível mitigar os impactos dessa ameaça crescente e assegurar um ambiente digital seguro e confiável para todos os brasileiros.

GROWING CASES OF CYBER FRAUD IN BRAZIL DUE TO THE EVOLUTION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT

In recent years, Brazil has seen an increase in cases of cyber fraud, driven by the evolution of artificial intelligence (AI). Criminals use AI to improve phishing techniques, create convincing deepfakes and automate large-scale attacks, resulting in more sophisticated scams. These frauds cause huge financial losses and undermine consumer confidence in online transactions. To mitigate these risks, it is crucial to invest in advanced defense technologies, improve authentication systems and educate users about digital security, in addition to improving the legislative framework on the subject. Effectively combating cyber fraud depends on joint action between the public and private sectors.

Keywords: Cyber Fraud. Artificial intelligence. Cybercrime.

REFERÊNCIAS

ALLAHRAKHA, Naeem. Balancing Cyber-security and Privacy: Legal and Ethical Considerations in the Digital Age. *Legal Issues in the Digital Age*, v. 4, n. 2, p. 78121, 28 Jul. 2023.

ANDERSON, R. et al. Measuring the cost of cybercrime. In: *THE economics of information security and privacy* (pp. 265-300). Berlin, Heidelberg: Springer, 2013.

BRENNER, S. W. *Cybercrime: criminal threats from cyberspace*. Santa Barbara, CA: ABCCLIO, 2010.

BROWN, K. *Cybersecurity Awareness: Building a Culture of Security*. Wiley, 2009.

BUTTON, M.; LEWIS, C.; TAPLEY, J. Not a victimless crime: The impact of fraud on individual victims and their families. *Security Journal*, v. 27, n. 1, p. 36-54, 2014.

BBC Brasil. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em: 12 maio 2024.

BOSTROM, N. *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BRASIL. LEI 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Dispõe sobre a Tipificação Criminal de Delitos Informáticos e dá outras providências. Brasília, 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/l12737.htm; Acesso em: 10 dez. 2023.

BRASIL. 2021. LEI 14.155, DE 27 DE MAIO DE 2021. Brasília, 27 de maio de 2021; 200o da Independência e 133o da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14155.htm#:~:text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,Pe%2C%20para%20definir%20a%20compet%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 10 dez. 2023.

CAPEZ, Fernando. Parte Especial arts. 121 a 212. Coleção Curso de direito penal. V. 2, 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. Parte Especial arts. 213 a 359-h. Coleção Curso de Direito Penal. v. 3 - 18. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. Crimes virtuais, vítimas reais. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CHOO, K. K. R. Organised crime groups in cyberspace: a typology. Trends in Organized Crime, v. 11, n. 3, p. 270-295, 2008.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). Relatório de Monitoramento da Internet no Brasil 2022. São Paulo, 2022. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2023/relatorio_monitoramento_internet_brasil_2022.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

Carapeto, R., Calil, A.L. Cybersecurity regulation in Brazil and Latin America: an overview. Int. Cybersecur. Law Rev. 3, 385–410. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1365/s43439022-00055-w>. Acesso em: 12 maio 2024.

Forbes Brasil. Por que a IA pode tornar os crimes digitais mais eficientes. 22 fev. 2024. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesmoney/2024/02/esta-empresa-evitou-r-60-milhoes-em-fraudesbancarias-usando-iapor-voz/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

G1. Estelionatos no Brasil mais que quadruplicam em cinco anos, e golpes virtuais disparam após pandemia, revela Anuário. São Paulo: G1, 2023. 20 jul. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2023/07/20/estelionatos-nobrasil-mais-que-triplicam-em-cinco-anos-egolpes-virtuais-disparam-apos-pandemia-revelaanuario.ghtml>. Acesso em: 06 mai. 2024.

GARCÍA, L. Cybersecurity: Managing Systems, Conducting Testing, and Investigating Intrusions. Jones & Bartlett Learnin, 2017.

(GENEVA) PERMANENT MISSION OF BRAZIL TO THE UNITED NATIONS

OFFICE AND OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN GENEVA. Brazil: Law alters Penal Code and stiffens penalty against crimes. 2023. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/ced/cfis/shorttermdisap/submission-state-short-term-ED-CED-WGEID-state-brazil-1-en.pdf]. Acesso em: 12 maio 2024.

IAPP. Evolving threats: The state of personal data protection in Brazil. 2020. Disponível em: https://iapp.org/resources/article/brazilian-data-protection-law-lgpenglish-translation/. Acesso em: 12 maio 2024.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) 2022. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnadcontinua.html. Acesso em: 10 dez. 2023.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Anuário Estatístico do Brasil 2022. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/101/anuario_estatistico_brasil_2022.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

JOHNSON, M. International Cooperation in Cybercrime Investigation: A Comparative Analysis. Springer, 2021.

Lemos, V., Ignaczak, L. An analysis of the public consequences of cybersecurity incidents in Brazil. Soc. Netw. Anal. Min. 13, 106. 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s13278023-01113-9. Acesso em: 12 maio 2024.

LEVY, Pierre. A emergência do cyberspace e as mutações culturais. Revista Nescon, 2019.

MOORE, T.; CLAYTON, R.; ANDERSON, R. The economics of online crime. Journal of Economic Perspectives, v. 23, n. 3, p. 3-20, 2009.

OLIVEIRA, F. G. et al. Impacto Social da Fraude Cibernética: Um Estudo de Caso no Brasil. In: Conferência Nacional de Segurança Cibernética, São Paulo, 2021.

OLIVEIRA, C. Digital Inclusion and Social Equity: Empowering Communities through Technology. IGI global, 2018

PRICE WATERHOUSE COOPERS (PwC Brasil). Internet no Brasil: tendências e oportunidades para 2023. São Paulo, 2023. Disponível em:

<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/internet-no-brasil-tendencias-e-oportunidadespara2023.html>. Acesso em: 10 dez. 2023.

Polícia Federal. Fraudes na Internet. Polícia Federal. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/pf/pt-br/canais_atendimento/comunicacao-de-crimes. Acesso em: 12 maio 2024.

RUSSELL, S.; NORVIG, P. Artificial intelligence: a modern approach. Malaysia: Pearson Education Limited, 2016.

SANTOS, C. D.; LIMA, E. F. Impacto Econômico da Fraude Cibernética no Brasil. Revista Brasileira de Segurança Digital, v. 8, n. 1, p. 30-45, 2022.

SANTOS, D. Cybersecurity Training and Awareness: A Practical Approach for Employees. Packt Publishing, 2021.

Senado Federal. Como a inteligência artificial está impactando a segurança da informação? Senado Federal. 2023. 21 mar. 2024. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9543965&ts=1707413074169&rendition_principal=S&disposito_on=inline. Acesso em: 12 mai. 2024.

SILVA, A. B. et al. Aspectos Jurídicos da Fraude Cibernética no Brasil. Revista Brasileira de Direito Digital, v. 15, n. 2, p. 75-90, 2023.

SILVA, A. Cybercrime and Society: Understanding Online Offending. Sage Publications, 2019.

SOARES, Eduardo. Brazil: Punishment for Crimes Committed Electronically or Over Internet Increased. 2021. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/globallegal-monitor/2021-0608/brazil-punishment-for-crimes-committed-electronically-or-over-internet-increased/>. Acesso em: 12 maio 2024.

SOUZA, B. Digital Literacy: Empowering Citizens in the Digital Age. Springer, 2020.

WALL, D. S. Cybercrime: The transformation of crime in the information age. Cambridge: Polity, 2007.

YAR, Majid. Cybercrime and Society. Sage Publications Ltd, 2006.

DA VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA À QUATERNÁRIA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER: UMA ANÁLISE MULTIDIMENSIONAL

Kellen Melo Mendonça¹³

Maria Eduarda Willrich da Silveira¹⁴

Cristiane Ingrid de Souza Bonfim¹⁵

RESUMO

A presente pesquisa aborda a violência contra a mulher, tendo como foco os crimes contra a dignidade sexual, analisando os diferentes níveis de vitimização, partindo da primária até a quaternária e os impactos causados às vítimas em cada um desses níveis. Esse estudo se faz importante para compreender as fragilidades das leis voltadas à proteção da mulher e quais medidas devem ser tomadas para melhorar o amparo às vítimas. Tendo como objetivo geral analisar a vitimização em crimes contra a dignidade sexual da mulher, abrangendo impactos psicológicos, sociais, jurídicos e culturais e como objetivos específicos, investigar características e contextos das vítimas, respostas institucionais (vitimização secundária), impactos de longo prazo na saúde mental e qualidade de vida (vitimização terciária), e estratégias de prevenção e reparação (vitimização quaternária). A metodologia empregada neste estudo é fundamentada na pesquisa qualitativa, utilizando uma abordagem dedutiva e recorrendo a fontes bibliográficas. Este estudo estruturou-se em três tópicos, no primeiro tópico, são explorados os aspectos sociais e históricos desse fenômeno, no segundo tópico, é analisada a efetividade de instrumentos legais destinados à proteção das mulheres e no terceiro tópico, realiza-se uma análise específica sobre a revitimização no caso de João "de Deus" Teixeira de Faria. As principais conclusões foram sobre o tamanho da necessidade e importância de uma abordagem integrada e multidisciplinar para enfrentar a violência sexual contra a mulher, abordando tanto as falhas sistêmicas quanto os impactos individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Vitimização. Crimes Sexuais. Revimitização. Dignidade Sexual da Mulher.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é crucial para aprofundar a compreensão da violência sexual contra a mulher, analisando os diferentes níveis de vitimização e seus impactos psicológicos, sociais, jurídicos e culturais. A pesquisa revela a complexidade do problema e identifica as fragilidades das leis de proteção e a inadequação da assistência às vítimas. Apesar da existência de instrumentos legais como a Lei Maria da Penha e disposições no Código

¹³ Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: kellen.meloom@gmail.com.

¹⁴ Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: madu.willrich@gmail.com.

¹⁵ Docente da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: cristiane.bonfim@docente.faculdaderaizes.edu.br.

Penal Brasileiro, essas leis frequentemente falham na prática, deixando lacunas significativas na proteção das vítimas.

Os objetivos específicos são a investigação das características das vítimas nesses crimes; os contextos em que ocorrem; as instituições legais e sociais que respondem às vítimas (vitimização secundária), os impactos de longo prazo desses crimes na saúde mental e qualidade de vida das vítimas (vitimização terciária) e as ações e estratégias de prevenção, intervenção e reparação (vitimização quaternária).

A metodologia envolve a pesquisa bibliográfica e estatística, análise do contexto histórico, análises de casos e aspectos culturais e jurídicos, entre outros diplomas legais. São utilizados métodos quantitativos e qualitativos para examinar artigos, doutrinas, pesquisas, jurisprudências e dados oferecidos por instituições brasileiras e Secretárias de Segurança Pública, inclusive voltadas para a proteção da mulher.

São abordadas questões como as dificuldades no acesso à justiça para vítimas de crimes sexuais, a influência da cultura de culpabilização das vítimas e dos aspectos socioeconômicos no tratamento dado a elas, e a necessidade de políticas públicas mais eficazes de proteção às vítimas.

A estrutura da pesquisa compreende em três tópicos, sendo no primeiro os aspectos sociais e históricos da violência contra a mulher, no segundo a efetividade dos instrumentos legais de proteção e no terceiro uma análise específica sobre o caso de João “de Deus” Teixeira de Faria, destacando os desafios enfrentados pelas vítimas de violência sexual.

1. ASPECTOS SOCIAIS E HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência sexual contra a mulher é um fenômeno complexo que nos remete a séculos de história a partir da visão do gênero feminino dentro das sociedades antigas e modernas. Visualizamos estigmas profundos em pensamentos patriarcais, onde a subjugação e a objetificação do corpo feminino foram historicamente toleradas e, em

muitos casos, até mesmo legalmente legitimadas. A compreensão desse contexto histórico é fundamental para elucidar as dinâmicas sociais que perpetuam a violência sexual e moral contra as mulheres atualmente, vislumbrando as razões que insistem em perpetuar essa problemática alarmante.

Em muitas sociedades antigas, a mulher era frequentemente idealizada em papéis ligados à maternidade e à virtude, como na Grécia Antiga, em que as mulheres não tiveram seu papel favorecido por aqueles que começaram a analisar as fontes escritas majoritariamente por homens, o que tornou senso comum afirmar a inferioridade das mulheres gregas (Santos, 2016, p. 30).

Durante a Idade Média na Europa, o ideal da mulher era muitas vezes associado à pureza e submissão, refletido em normas sociais e religiosas. Na era vitoriana, no século XIX, a "dama" era idealizada como recatada e dedicada ao lar, a mulher assumia o lugar da boa mãe, dedicada em tempo integral, responsável pelo espaço privado, ou seja, o cuidado da casa, dos filhos e do marido. Ao homem, cabia o espaço público da produção, das grandes decisões e do poder (Coutinho, 1994, p. 24).

No século XX, após a Segunda Guerra Mundial, houve mudanças na participação da mulher no mercado de trabalho, considerando que a mão de obra masculina ficou carente por conta dos homens que prestaram serviços ao exército.

Desde então, a idealização da mulher na sociedade acompanha as raízes do patriarcado, que é um termo cunhado para designar a dominação e subordinação do gênero feminino perante o masculino, o que remete, por fim, o papel da mulher apenas como esposa, mãe e suporte do marido sem fins relevantes, sem que essas possuíssem voz ou sequer trabalhassem, uma forma concreta de polarização entre os sexos, aplicada no cotidiano, aonde a dependência se configurava uma forma de controle invisível da imagem feminina.

No contexto de gênero, isso implica na subjugação das mulheres, limitando suas oportunidades e reforçando papéis tradicionais. Esse sistema influencia fortemente normas sociais, econômicas e políticas, perpetuando desigualdades de gênero.

Nas uniões legítimas, o papel dos sexos estava bem definido, por costumes e tradições apoiados nas leis. O poder de decisão formal pertencia ao marido, como protetor e provedor da mulher e dos filhos, cabendo à esposa o governo da casa e a assistência moral à família. (Samara, 2002, p.32).

Essa ideia se perpetuou por décadas, isto posto que até o início do século XX, o voto, na quase totalidade dos países, era um direito exclusivo dos homens, de forma que somente eles podiam ter participação política e eram vistos como cidadãos passíveis do intelecto e importância necessários para o voto e candidaturas.

Dentro das grandes transformações que foi o século XX, as ativistas mulheres se mobilizaram pelo direito feminino à participação política em um movimento que ficou conhecido como sufragista, e após anos de reivindicação, o direito ao voto por parte das mulheres somente foi alcançado no Brasil em 1932 por meio do Decreto 21.076, pelo então presidente Getúlio Vargas. (Marques, 2019, p. 137)

Essa conquista desafiou a ordem patriarcal ao reivindicar a participação política das mulheres, questionando a noção de que apenas os homens deveriam ter influência nas decisões políticas, tornando um símbolo importante na luta pela igualdade de gênero que ajudou a abrir caminho para avanços subsequentes nas esferas sociais, econômicas e legais.

Bester (1996, p. 16-17) comenta a importância da conquista do voto para as mulheres:

É uma forma de emancipação política e integração delas (mulheres) à democracia representativa. Integração que encerra profunda significação, pois que, se eleitas, como legisladoras podem reivindicar os direitos que ainda não alcançam e trata, sobretudo, de assuntos com reconhecido conhecimento de causa, abrindo-se a mesma possibilidade no caso de elegerem seus pares ou mesmo homens comprometidos com a defesa da igualdade de seus direitos.

Entretanto, mesmo após o direito ao voto ser conquistado, a inserção na mulher na sociedade como uma figura dotada de capacidade para cargos políticos, profissões e demais atividades antes exercidas majoritariamente por homens encontra até os dias de hoje dificuldades, principalmente em desvincular a imagem feminina à de submissa ao marido ou qualquer outra figura masculina no espaço em que ocupa.

Simone de Beauvoir, em seu livro *O Segundo Sexo* (1967), trouxe asserções contrariando o pensamento da época de que as limitações femininas eram resultados de sua natureza, tratando sobre a desigualdade de gêneros e o papel da mulher dentro de uma sociedade, dizendo que a capacidade do sexo feminino na sociedade é limitada pelos papéis impostos de que as mulheres não conseguem, não podem e não devem assumir certas posições, sendo este um pensamento que forma até onde as mulheres vão, a condição feminina impossibilitou até agora esse "tornar-se", que se vissem assumindo papéis majoritariamente masculinos, indo além de mães ou esposas.

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. (Beauvoir, 1967, p. 9)

Beauvoir (1967) argumenta em sua obra que a mulher foi educada em uma sociedade patriarcal para reproduzir três pensamentos norteadores de sua essência: em primeiro lugar a satisfazer as necessidades e existir para o homem, em segundo lugar a não ver valor em si mesma e buscar validação externa, e em terceiro lugar é de que as mulheres historicamente tiveram poucos direitos e, portanto, menor influência pública e política.

Segundo Bourdieu (1999) os gêneros são um par de opostos que constituem uma relação e as relações de gênero são relações de poder em que: o princípio masculino é tomado como medida de todas as coisas, no qual o autor também exemplifica que as diferenças de sexo e gênero refletem no social, por ser um conjunto de oposições, o que pode assim ser visto como uma justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho, ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada. (Bourdieu, 1999, p. 33)

E as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se veem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica. Por conseguinte, seus atos de conhecimento são, exatamente por isso, atos de reconhecimento

prático, de adesão dóxica, crença que não tem que se pensar e se afirmar como tal e que faz, de certo modo, a violência simbólica que ela sofre. (Bourdieu, 1999, p. 45)

A partir deste pensamento, socialmente a mulher se diminuiu e reproduziu pensamentos patriarcas em seu dia a dia. No Brasil, apenas em 1962, que fora estabelecido legalmente o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.212/1962) que permitiu que mulheres casadas não precisassem mais da autorização do marido para trabalhar, passariam a ter direito à herança e a chance de pedir a guarda dos filhos em casos de separação.

Neste mesmo ano de 1962, a pílula anticoncepcional chegou ao Brasil. Apesar de ser um método contraceptivo polêmico que influencia os hormônios femininos, trouxe autonomia à mulher quanto aos direitos reprodutivos e a liberdade sexual feminina, pois com a gravidez tardia, ela poderia se dedicar a outras funções, por exemplo, a de trabalhar (Sarti, 2007, p. 20).

No entanto, em contextos históricos, estamos falando de pouquíssimos anos para estabelecermos uma desvinculação absoluta do pensamento patriarcal, pois mesmo tendo dispositivos legais que amparam as mulheres, foram décadas de desigualdades, estereótipos, submissão e preconceitos vinculados a imagem do gênero feminino.

Os estereótipos sexuais que sustentam a imagem feminina como um ser emocional, nem sempre brilhante, passivo, dependente, sem capacidade de reação e concebido unicamente para a maternidade, ainda são refletidos no nível jurídico-sociológico. Este cotidiano perverso e negativo parte, evidentemente, de perspectivas masculinas (Carlin, 2006, p. 77).

Em tempo, observamos que dentro do cenário atual da política brasileira as mulheres representam, segundo Tribunal Superior Eleitoral, 53% do eleitorado e, no entanto, ocupam hoje menos de 20% dos cargos eletivos. De acordo com a reportagem da TV Globo (2023), em 132 anos de história, o Supremo Tribunal Federal teve 168 ministros homens e apenas 3 mulheres.

A dedução de que nossa legislação privilegia o sexo masculino é proveniente da observação empírica de que a maioria dos legisladores são homens; desta forma, considera-se não haver imparcialidade pois os valores ali expressos são oriundos da interpretação masculina (Carlin, 2006, p. 79-81).

Este é um dos reflexos dos estereótipos carregados durante anos, em que o eleitorado vota, em sua grande maioria, em homens, e as mulheres, em geral, não encontram espaço para atuarem, sendo essa representatividade estritamente importante para a evolução do espaço feminino, pois é preciso que a política seja vista pela ótica da mulher, só assim haverá uma inovação e a participação feminina será uma conquista, não uma concessão. (Dias, 2004, p. 49)

A dignidade sexual é um bem jurídico tutelado pela legislação penal brasileira, no entanto, sua importância é ainda mais significativa por estar intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental no Estado Democrático de Direito e na defesa dos Direitos Humanos.

A sexualidade humana, conforme ressaltado por Nucci (2014, p. 31), está intimamente ligada a dignidade humana, vez que o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um, está associado a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar seus desejos sexuais da maneira que lhe aprouver.

[...] a satisfação sexual deve dar-se em âmbito de estrita legalidade, vale dizer, sem afronta ao direito alheio ou a interesse socialmente relevante. Assim sendo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça (Nucci, 2014, p. 42).

A dignidade sexual da mulher aliada a liberdade é um tema recorrente e que desde os primórdios da sociedade é discutido e abordado majoritariamente por vozes masculinas, embasadas em conceitos patriarcais, de que a sexualidade da mulher era um objeto exclusivo para fomentar prazer ao homem, o que reforça a ideia de objetificação e submissão feminina.

Quanto ao gênero e a sexualidade, Louro declara que:

A construção do gênero e da sexualidade dá-se ao longo de toda a vida, continuamente, infindavelmente. Quem tem a primazia nesse processo? Que instâncias e espaços sociais têm o poder de decidir e inscrever em nossos corpos as marcas e as normas que devem ser seguidas? Qualquer resposta cabal e definitiva a tais questões será ingênua e inadequada. A construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações, é empreendida de modo explícito ou dissimulado por um conjunto inesgotável de instâncias sociais e culturais. (Louro, 2008, p. 2)

Até recentemente, em contextos históricos, a sociedade via a sexualidade feminina como um ato ligado à reprodução, com o prazer sexual sendo reprimido devido a considerações morais ou religiosas, pois durante muito tempo, devido à desigualdade de gênero, as mulheres foram submetidas à tutela dos homens, primeiramente do pai e depois do marido. Sua sexualidade estava condicionada aos padrões estabelecidos pelo Cristianismo, sendo validada pela instituição do casamento e pela responsabilidade de cumprir o papel reprodutivo. (Trindade; Ferreira, 2008, p. 418).

Durante um longo período histórico, o propósito principal atribuído ao sexo para as mulheres era estritamente voltado para a reprodução, limitando sua compreensão sobre outras possibilidades e significados desse ato. Muitas delas não percebiam o impacto profundo dessa restrição, resultando em um sentimento de culpa injustificado diante de questões que, na realidade, são aspectos normais e naturais da vida humana.

Com o surgimento do movimento feminista e o desenvolvimento de contraceptivos como a pílula anticoncepcional e outras opções, começou-se a observar uma maior autonomia sexual das mulheres. Isso permitiu com que as mulheres controlassem a questão da natalidade e deixassem de ser vistas somente como reprodutoras, passando a separar a reprodução do prazer (Pedro, 2003, p. 248).

Desde então, as mulheres passaram a explorar e escolher diferentes maneiras de vivenciar a sexualidade, visando alcançar satisfação e prazer em suas experiências sexuais. Trindade e Ferreira (2008) ponderam que as mulheres vêm conquistando cada vez mais espaços na sociedade. No entanto, mesmo vivendo com maior liberdade, muitas delas ainda se sentem responsabilizadas por todos os problemas relativos ao sexo, e geralmente são passivas e submissas aos desejos dos parceiros.

Conforme pondera Saffioti, muitas mulheres deixaram de admitir serem usadas como objeto para a satisfação sexual do esposo, deixando de assentir em serem tratadas como propriedades deles, e passaram a entender que sexo só faz sentido quando convergem as vontades, e não como um dever conjugal (Saffioti, 1994, p. 443).

Apesar de conquistarem maior autonomia, as mulheres ainda continuaram enfrentando certa apreensão em relação à busca pela satisfação sexual sem sentir culpa. Isso ocorre porque fatores sociais, religiosos e culturais continuam exercendo influência nessa dinâmica, criando obstáculos para uma expressão sexual satisfatória, livre de culpas e obrigações, que proporcionem prazer para si mesmas e seus corpos, sem considerar polêmico discutir sobre seus corpos, sua sexualidade e a capacidade de exercê-la livremente.

Podemos perceber como a representação da mulher sempre esteve sujeita à exploração e submissão às normas majoritariamente masculinas. Isso contribui para a perpetuação da violência de gênero, que não se limita apenas a ações fisicamente agressivas de homens contra mulheres, mas inclui todas as formas de desrespeito originadas pelas expectativas sociais e pelas definições do que é ser homem ou mulher na sociedade.

Violência que, em si, é entendida, numa visão popular, como interrupção de qualquer modo de integridade da vítima: moral, física, sexual, psíquica.

As Nações Unidas (1993) definem a violência contra as mulheres como "qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada".

Levando em conta esses contextos estruturais enraizados pelo patriarcado que perpetuam a desigualdade de gênero e a idealização moldada às mulheres que remonta desde a antiguidade, as mulheres e seus corpos eram reduzidos a objetos destinados exclusivamente ao prazer masculino e à reprodução da espécie, de forma que o consentimento e satisfação da mulher sequer era algo priorizado ou discutido.

A partir dessa ótica, a insubordinação que os movimentos feministas trouxeram, aliados com o uso dos anticonceptivos e a posterior abordagem da liberdade sexual feminina sobre seus corpos, trouxe empoderamento às mulheres, que ocasionou uma luta invisível de poder com os homens, que começaram a utilizar da violência, seja moral,

psicológica ou física, para subordinar novamente essas mulheres, buscando se estabelecerem novamente como “dominadores”. Empoderamento que se relaciona à agressividade dos parceiros que, excluídos dos debates feministas e buscando proteger sua masculinidade, usam a violência para suprimir as manifestações femininas de poder (Cortez; Souza, 2008, p. 171).

Segundo Saffioti (2002, p. 198), a violência contra a mulher ocorre porque a “ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais do ditame do patriarca”.

Em síntese, a violência sexual é, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002), “qualquer ato sexual ou tentativa de obter ato sexual, investidas ou comentários sexuais indesejáveis, ou tráfico ou qualquer outra forma, contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, incluindo, mas não limitado, à casa e ao trabalho”. Segundo o organismo das Nações Unidas, a coerção pode ocorrer de diversas formas e por meio de diferentes graus de força, intimidação psicológica, extorsão e ameaças.

Casos de violência sexual cometida contra mulheres, no âmbito tanto público como também no privado, desde crianças até a fase adulta, preenchem os meios de comunicação repetidamente com as diversas formas de violência que tomam proporções inimagináveis, sejam pela agressividade do delito, quanto pelos motivos expostos pelo agressor, muitas vezes pautados em violência de gênero, fundada no contexto de submissão feminina.

O agressor homem vislumbra o corpo da mulher como um objeto, que pode ser tomado para si a qualquer momento, de qualquer forma. A partir dessa visão, um dos maiores medos das mulheres, sejam em uma relação conjugal ou somente por estarem sozinhas, é serem vítimas dessa agressão sexual, o que ao acontecerem ocasiona vergonha e a faz, na maioria considerável das vezes, se sentirem culpadas.

Neste entendimento, Vilhena e Zamora ressaltam:

O estupro é justificado de diferentes formas nas diferentes culturas. Frequentemente, utiliza-se o argumento do "consentimento" as mulheres violadas, na realidade, consentiram no ataque ou pediram por ele, ao usarem roupas curtas, coladas, perfume e maquiagem chamativas. Ignora-se, com tal argumento, que mulheres de hábito de freira ou de burca também são violentadas. A ideia de que a "mulher na verdade queria" permitir trivializar o estupro, relativizá-lo, em muitos casos, e até considerá-lo excitante. (Vilhena; Zamora, 2004, p.3)

Aparecida Gonçalves (2007, online), ex-secretária nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República ressaltou que:

A violência sexual é a mais cruel forma de violência depois do homicídio, porque é a apropriação do corpo da mulher – isto é, alguém está se apropriando e violentando o que de mais íntimo lhe pertence. Muitas vezes, a mulher que sofre esta violência tem vergonha, medo, tem profunda dificuldade de falar, denunciar, pedir ajuda.

No contexto da violência sexual atrelada à de gênero, visualizamos um comportamento atípico replicado pelos homens, no qual se deu a denominação de "cultura do estupro", pois se o ser humano não é movido por sua natureza primitiva, os comportamentos são meros frutos da cultura ao qual é inserido, o que é ocasionado pela insistente dominação masculina em prol da sexualidade feminina, subjugando-a até os dias atuais aquilo que outrora fora normalizado conforme a desigualdade de gênero.

Dentro do escopo da "cultura do estupro", o termo "cultura" salienta a persistência de certos comportamentos historicamente praticados pelo sexo oposto ao longo dos séculos, reforçando a inadmissibilidade de considerá-los normais. Esta percepção implica na possibilidade de modificação desses comportamentos, dado que foram construídos pela sociedade humana.

Isso estabelece estruturas sociais desiguais, onde o desejo sexual masculino é frequentemente retratado como ativo, enquanto a conquista ou submissão da parceira é esperada e, por vezes, exigida, tampouco tendo observância ao consentimento ou o prazer aferido à mulher. Isso se reflete na difundida ideia de que os homens devem, incansavelmente e muitas vezes de maneira inadequada, satisfazer seu desejo sexual, muitas vezes buscando dominar ou subugar a mulher.

A sexualidade não é exercida livre e plenamente pelas mulheres, já que ao largo de suas vidas, sobre elas são exercidos diversos controles, a partir de diferentes instituições sociais. Como parte da discriminação que sofrem, as mulheres são privadas do direito a decidir o desfrute de sua sexualidade, reprimindo-se e punindo-se moralmente aquelas que o pretendam. (Ballinas, 1997, p.62)

Ao definir cultura do estupro, Buchwald et al. (1993/2005) afirmam que a violência sexual não é fato inevitável, mas algo passível de modificação, justamente por ser algo que se encontra enraizado historicamente na sociedade que replica até os dias de hoje ideais de submissão do gênero feminino perante o masculino.

As vítimas mulheres de crimes sexuais sofrem continuamente e progressivamente desde o momento do ato consumado em diante, seja pelo descrédito, seja pela vergonha ou culpa que a sociedade lhe impõe ao ditar regras sobre seu corpo e a sua sexualidade. Eluf (1999, p. 20) aduz essa visão da seguinte forma:

É possível perceber que o descrédito da vítima é maior quando se trata de delito sexual. Em caso de roubo, por exemplo, se o ofendido declara que foi assaltado a mão armada ninguém duvida da veracidade de suas informações, mas ele não pode e não ocorre nos casos sexuais, onde as mulheres são ouvidas com reservas.

A partir disso, a vitimologia juntamente com criminologia busca exemplificar a violência sofrida pela mulher em quatro instâncias, que explicam o contexto em que essas vítimas são colocadas legalmente e socialmente.

A vitimização primária representa o primeiro impacto que um indivíduo sofre em decorrência de um crime ou evento traumático. Essa fase imediata engloba as reações emocionais, físicas e psicológicas que a vítima vivencia no momento do incidente. Os sentimentos de medo, choque, vulnerabilidade e, por vezes, dor física são aspectos intrínsecos à vitimização primária, destacando a natureza imediata e direta desse fenômeno.

Conforme estabelece Carvalho e Lobato:

A vitimização primária é normalmente entendida como aquela provocada pelo cometimento do crime, pela conduta violadora dos direitos da vítima - pode causar danos variados, materiais, físicos, psicológicos, de acordo com a natureza da infração, personalidade da vítima, relação com o agente violador, extensão do dano, dentre outros. (Carvalho; Lobato, 2008, p. 3)

Nesse contexto, é crucial compreender que a vitimização primária não se restringe apenas às lesões físicas, abrangendo também o impacto psicológico profundo que pode perdurar ao longo do tempo. As emoções intensas, como ansiedade, depressão e estresse agudo, são manifestações comuns durante essa fase inicial. Além disso, a vitimização primária pode influenciar significativamente a forma como a vítima percebe a segurança pessoal e o ambiente ao seu redor, resultando em mudanças comportamentais imediatas.

Ao se analisar a vitimização primária, é fundamental reconhecer que ela constitui apenas o primeiro estágio do processo de recuperação após um evento traumático. Compreender essas dinâmicas iniciais é crucial para desenvolver estratégias de apoio e intervenções eficazes, visando mitigar os efeitos a curto e longo prazo que podem impactar a vida da vítima.

A vitimização secundária refere-se aos efeitos adicionais e indiretos que uma vítima pode enfrentar após o evento traumático, resultando da resposta social e institucional. Ao contrário da vitimização primária, que se concentra nos impactos imediatos, a vitimização secundária emerge das interações da vítima com o sistema judicial, mídia, familiares e comunidade. Essa forma de vitimização pode perpetuar o sofrimento, ampliando o estigma e a revitimização através de processos judiciais desgastantes, julgamentos sociais, ou cobertura midiática sensacionalista.

No contexto jurídico, a vitimização secundária pode surgir quando vítimas são tratadas de maneira insensível ou desrespeitosa durante procedimentos legais, o que pode impactar negativamente a disposição delas em buscar justiça. Além disso, a mídia desempenha um papel crucial, podendo contribuir para a revitimização ao expor detalhes sensíveis do ocorrido de maneira sensacionalista, influenciando a percepção pública e privada da vítima. Portanto, compreender e abordar a vitimização secundária é essencial para garantir uma resposta holística e compassiva diante do trauma.

Nesse sentido, Carvalho e Lobato (2008, p.6) aduzem que:

Enquanto na fase policial a vitimização aparece com maior intensidade por ocasião da realização de exame de corpo de delito nos crimes sexuais e nas declarações prestadas perante a autoridade policial, na fase judicial parece ser a audiência de instrução o maior foco de vitimização, tanto antes,

como durante e depois da oitiva da vítima pelo magistrado. Antes há o constrangimento de, como dito, por vezes aguardar no corredor com o acusado. Durante, devido ser “bombardeada” de perguntas sobre o fato delituoso, fazendo com que reviva o momento que deseja esquecer. Depois da audiência fica a vítima sofre a angústia de sofrer retaliações por parte do acusado ou mesmo da família dele e ainda a dúvida de que nada esqueceu ou aumentou em suas declarações. (Carvalho; Lobato, 2008, p. 6)

A vitimização terciária refere-se aos impactos que se estendem para além da vítima direta e da resposta social imediata, afetando outros membros da comunidade e até mesmo profissionais envolvidos no atendimento às vítimas. Este nível de vitimização considera os efeitos cascata que podem ocorrer, influenciando indivíduos que, de alguma forma, estão conectados ao evento traumático. Profissionais de saúde, socorristas, familiares e amigos próximos podem experimentar sintomas de estresse pós-traumático ou outras consequências emocionais decorrentes da exposição indireta ao trauma.

Preleciona Barros (2008, p.72):

Já vitimização terciária é levada a cabo no âmbito dos controles sociais, mediante o contato da vítima com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social, como no trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na igreja ou no convívio social. (Barros, 2008, p.72)

A vitimização terciária destaca a necessidade de uma abordagem abrangente na gestão de crises e eventos traumáticos, reconhecendo que os efeitos podem se propagar por diferentes esferas da sociedade. Profissionais de saúde mental, por exemplo, podem lidar não apenas com as vítimas diretas, mas também com o impacto emocional de testemunhar repetidos relatos de trauma. Essa compreensão mais ampla da vitimização ressalta a importância de estratégias de apoio não apenas para as vítimas primárias, mas para toda a rede que pode ser afetada indiretamente.

Dante do contexto dos tipos de vitimização, é de suma importância também falar sobre a revitimização que, no contexto do impacto sobre a vida das mulheres, refere-se à experiência de ser submetida a múltiplos episódios traumáticos ao longo do tempo, muitas vezes relacionados a abusos, violência ou assédio.

Diz Molina (2006, p.93):

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto "psicológico" que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente

ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou auto culpabilização, os complexos etc. (Molina, 2006, p.93).

Esse fenômeno pode ter um efeito devastador na vida das mulheres, ampliando os traumas iniciais e perpetuando o ciclo de vitimização. A revitimização pode ocorrer em diversas formas, incluindo relações abusivas repetidas, dificuldades em obter apoio adequado ou até mesmo através da reação social e institucional insensível.

Para muitas mulheres, a revitimização pode resultar em uma série de consequências prejudiciais, incluindo problemas de saúde mental, baixa autoestima, dificuldades nos relacionamentos interpessoais e até mesmo impactos profissionais. A persistência desses eventos traumáticos pode criar um ambiente no qual as mulheres se sentem desamparadas e incapazes de escapar do ciclo de violência. Além disso, a falta de apoio adequado e compreensão social pode intensificar o isolamento e a vulnerabilidade, tornando ainda mais desafiador superar os efeitos da revitimização.

2. TRAJETÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA PROTEÇÃO À VITIMIZAÇÃO DA MULHER

Apesar da dificuldade em obter informações sobre os casos, devido ao silêncio que os envolve, a denúncia e o tratamento das vítimas mulheres de agressão física e mental, sempre foi algo desafiador desde o início da sociedade civil e dos Estados. As legislações foram criadas para impor condutas e fornecer proteção aos indivíduos. Infelizmente, as violências que obrigatoriamente chegavam ao conhecimento público eram, em sua maioria, aquelas de extrema brutalidade e frequentemente fatais.

Quanto ao amadurecimento da lei, conceitua Samara:

O Código Civil de 1916 reconheceu e legitimou a supremacia masculina, limitando o acesso feminino ao emprego e à propriedade. As mulheres casadas ainda eram, legalmente, incapacitadas e apenas na ausência do marido podiam assumir a liderança da família. (Samara, 2002, p. 35).

Diante desses fatídicos cenários, a legislação brasileira precisou se readeclarar para acompanhar as necessidades óbvias que a sociedade demonstrava, vislumbrando a mulher

reincidentemente sendo vítima nas relações desiguais de gênero, sendo extremamente silenciada em todos os seus atos e sem suporte ou proteção adequada. Assim sendo, as legislações de todos os países precisaram se readequarem para acompanhar as demandas sociais e necessária modificação do constante quadro de violência.

Segundo Bandeira e Melo (2010, p. 26):

A efervescência do movimento de mulheres a partir da segunda metade dos anos 1970 foi marcada pela diversidade das agendas feministas, e a violência contra as mulheres ganhou espaço na mídia, sobretudo depois dos assassinatos cometidos por esposos e companheiros. Repercutiram nacionalmente as mortes de Ângela Diniz (RJ), Maria Regina Rocha e Eloísa Balesteros (MG) e de Eliane de Gramont (SP). Em outubro de 1980, foi criado em São Paulo o primeiro grupo de combate à violência contra a mulher, o SOS Mulher. A consigna do movimento de mulheres mineiras "Quem ama não mata" consagrada pela minissérie da TV Globo ganhou o Brasil, com a recomendação da criação de centro de autodefesa. Esta experiência de ação política dos movimentos sociais intitulados SOS multiplicou-se pelo país, e se constituiu em uma iniciativa pioneira de acolhimento das mulheres em situação de violência. A ação dos SOS estimulou as feministas a demandarem uma atuação do Estado, que respondeu com a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAM), tendo, a primeira DEAMs, sido inaugurada em São Paulo, em 1985.

Apenas na promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que foi estabelecida a igualdade de direitos, obrigações, deveres políticos e sociais entre homens e mulheres na legislação brasileira. Pois até o ano de 1988, as mulheres encontravam-se em uma situação juridicamente inferior à do homem, em especial em relação à família constituída que permanecia sob o jugo do "pátrio poder", exclusivo do homem e extinto na atual Constituição.

As conquistas alcançadas pelas mulheres na Constituição Federal de 1988 foram resultado de uma grande mobilização nacional dos Movimentos Feministas e Movimentos de Mulheres que pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte a incluir direitos destinados especificamente às mulheres no texto constitucional. (Maders, 2010, p. 106)

Em 1994, a Convenção de Belém do Pará, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), representou um marco histórico, por trazer a ótica a violência contra a mulher como violação dos direitos humanos e estabeleceu obrigações aos países signatários para erradicar a violência de gênero, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres. (Piovesan, 2009, p. 345)

Têm-se ainda as organizações que ajudam a combater a violência, tais como: Organização da Nações Unidas (ONU) que trata da violência contra a mulher, a função da Organização dos Estados Americanos (OEA), Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1919, cujo objetivo é incorporar os direitos trabalhistas da mulher, a convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW - sigla da Convenção em inglês), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra. (Piovesan, 2009, p. 434-439).

Independentemente das alterações posteriores, movidas pelas evoluções de pensamentos e lutas contra o patriarcado ao redor do mundo, se fez necessário a repercussão em âmbito nacional de uma tentativa de homicídio e diversas agressões cometidas diante de Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, que por fim a levou a ficar paraplégica.

Foi com a luta por justiça e a persistência da vítima deste caso, buscando conseguir a efetiva punição de seu agressor e ex-marido, em todos os meios, demonstrando uma força ímpar, que a legislação pátria se viu, finalmente, necessitada de mudanças para abranger todo o histórico de violência contra a mulher.

Sendo assim, em 21 de setembro de 2006 entrou em vigor a Lei Federal 11.340, que alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, tendo como objetivo satisfazer as expectativas das entidades de defesa dos direitos das mulheres.

No Brasil, a Lei Maria da Penha foi à pioneira entre as leis significativas destinadas à proteção da mulher vítima de violência doméstica e representa uma conquista crucial na batalha contra a violência doméstica e familiar no Brasil, e trouxe um rol formas de violências sofridas pelas mulheres:

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; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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)

Esta lei estabelece uma série de mecanismos destinados a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, reconhecendo-a como uma violação dos direitos humanos. Entre seus principais aspectos, destacam-se: a definição ampla de violência doméstica e familiar, a implementação de medidas protetivas de urgência, as formas de tratamento das vítimas, a imposição de penas mais severas para os agressores e a criação de juizados especiais para lidar com casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Penha oferece à sociedade um conjunto de respostas que podem gerar impactos sociais significativos no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres, por meio de respostas eficazes através de políticas públicas (Barsted, 2006, p. 33), no entanto, mesmo com os avanços conquistados ao longo dos anos, as políticas públicas ainda estão aquém do ideal e representam obstáculos a serem aprimorados.

Conforme as palavras de Meneses (2006, p. 27), "a edição desse diploma legal se reveste de grande importância simbólica, demonstrando ao agressor que sua conduta é reprovada, e a vítima que a sua situação merece amparo social incentivando à denúncia".

Neste mesmo sentido, houve em 2015, a promulgação da Lei nº 13.104 que introduziu o conceito de feminicídio no Código Penal Brasileiro. O feminicídio refere-se ao assassinato de mulheres em razão de seu gênero, demonstrando a intenção de eliminar, controlar ou punir a mulher por sua condição de gênero. Apesar da mudança de comportamento da vítima e da importância da Lei Maria da Penha em dar mais visibilidade

à vulnerabilidade das mulheres, fazendo crescer o número de denúncias, a eficácia da lei não foi tão grande, pois os números de assassinatos contra mulheres continuaram com índices elevados, razão pela qual foi criado o crime Feminicídio, que inseriu qualificadoras do crime de homicídio (Conceição, 2016, p. 2).

A origem da Lei do Feminicídio está ligada a pressões e mobilizações de organizações feministas, pesquisadores e ativistas de direitos humanos que identificaram a necessidade de abordar de forma mais específica os assassinatos de mulheres devido à discriminação de gênero.

Ambas as leis representam avanços significativos na proteção das mulheres no Brasil. A Lei Maria da Penha foca na prevenção e combate à violência doméstica, enquanto a Lei do Feminicídio trata especificamente dos assassinatos de mulheres em um contexto de discriminação de gênero. (Viegas, 2019, p. 255)

Em tempo, fora promulgada em 2021, a Lei 14.245/2021, conhecida popularmente como Lei Mariana Ferrer, que objetiva coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas, estabelecendo causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo, e alterou dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei nº 9.909/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A norma surge como resposta ao episódio em que Mariana Ferrer foi humilhada e ridicularizada em uma audiência de processo criminal, sendo um marco na luta contra a vitimização e revitimização.

A lei é uma conquista incontestável, sobretudo para as mulheres, pois embora a legislação estabeleça proteção a todas as vítimas e testemunhas, sem distinção de gênero, a realidade é que, na prática, quem mais sofre atos atentatórios contra a honra são as mulheres, uma vez que a nossa sociedade ainda replica a lógica da "mulher honesta", outrora prevista na legislação, o que leva a uma consequência machista que elenca mulheres que mereceram ou não o mal a elas infligido, corroborada pelo estereótipo da mulher enquanto um ser perverso e traiçoeiro que deve sempre ter a palavra questionada, pois pode estar se utilizando daquela situação em benefício próprio com o intuito de vingança. Na maioria das vezes estas duas situações são usadas como argumentos explícitos ou implícitos para violentar e silenciar as mulheres no judiciário. A nova lei traz um freio para essas condutas que revitimizam as mulheres e é um feliz indicativo que as questões de gênero estão sendo colocadas em pauta e o machismo estrutural punido. (Rufato, 2021, online)

De toda forma, foi a partir da continuidade da violência sofrida por mulheres em todos os âmbitos e aspectos, incluindo, mas não se limitando, a violência sofrida por ela mesma após realizar a denúncia, que o Estado vem trazendo leis que objetivam fornecer proteção a essas vítimas. E por que, então, que a violência permanece?

Foram centenas de anos de uma sociedade que desde o início viu as mulheres como moeda de troca, supervisionadas e validadas pela figura masculina, ressaltados que em sua grande maioria o agressor são parceiros íntimos, isso destaca como as relações pessoais muitas vezes se tornam espaços onde o controle e a violência são perpetuados, algo intrinsecamente enraizado em padrões de poder desiguais que historicamente deram aos homens uma posição dominante nas relações, criando um terreno fértil para a perpetuação da violência (Sunde; Esteves, 2021, p. 63).

A pesquisa “Visível e Invisível: A vitimização de mulheres no Brasil”, em sua 4^a edição, de 2023, trouxe que houve um aumento acentuado na violência e vitimização da mulher em 2022, eles discorrem sobre os fatores que podem ter agravado esses acontecimentos, como desfinanciamento das políticas de enfrentamento à violência contra a mulher por parte do Governo Federal nos últimos quatro anos (FBSP, 2022, p. 8), a pandemia de Covid-19 que comprometeu o funcionamento de serviços de acolhimento às mulheres em situação de violência e a ação política de movimentos ultraconservadores que se intensificaram na última década e elegeram, dentre outros temas, a igualdade de gênero como um tema a ser combatido. (Bueno et al, 2023, p. 30)

Na pesquisa realizada pelo Fórum de Segurança Pública e Datafolha (2023), ao questionar as entrevistadas quais as atitudes tomadas diante do cenário de violência, 52% responderam que “não fizeram nada” nas pesquisas de 2017 e 2019, e 45% nas duas mais recentes, ao questionar o motivo de não terem procurado ajuda, a resposta foi de que 38% resolveram a questão sozinhas, 21,3% afirmaram não acreditar que a polícia pudesse oferecer solução para o problema, e 14,4% destacaram a falta de provas para tal. (Bueno et al, 2023, p. 36)

Este dado revela que, não obstante o recrudescimento de mecanismos penais para punir a violência contra a mulher, como a Lei Maria da Penha, do Feminicídio e a Lei Mariana Ferrer, há a desconfiança das vítimas na efetividade das leis, do aparato policial e da segurança que terão se denunciarem, assim como os pós denúncia, pois as mulheres são submetidas a reviverem e recontarem o episódio diversas vezes, e, em muitas delas, não ver o agressor devidamente punido.

São necessárias políticas públicas e reeducação da sociedade como um todo que visem a proteção da mulher, como o aperfeiçoamento da legislação em vigor e a oferta de apoio psicológico às vítimas de violência, bem como a conscientização a respeito das desigualdades de gênero existentes na sociedade.

A aplicação efetiva do Código Penal (1940) e suas legislações esparsas enfrenta desafios como a subnotificação de casos, a morosidade do sistema judicial e a falta de estrutura para atendimento às vítimas. No entanto, é imprescindível que os avanços já alcançados permaneçam e evoluam.

Para garantir uma proteção efetiva às vítimas de violência doméstica, é fundamental continuar revisando e aprimorando as leis existentes, além de investir em políticas públicas voltadas para a prevenção e o combate a esse tipo de violência. Além disso, um esforço coletivo da sociedade, do poder público e das instituições é necessário para promover uma cultura de respeito e igualdade de gênero.

3. ANÁLISE SOBRE A REVITIMIZAÇÃO DAS MULHERES NO CASO: "JOÃO DE DEUS"

São inúmeros os casos conhecidos em que a voz da mulher, da vítima, é desacreditada e desvalorizada, seja pelos indivíduos próximos, seja pelas autoridades policiais, pelo Judiciário ou até mesmo pela própria família.

Neste presente tópico, discorreremos quanto a vitimização e violência de gênero no tocante ao caso "João de Deus" que despertou atenção global devido às inúmeras acusações de abuso sexual contra o brasileiro João Teixeira de Faria, que ganhou fama

como médium, oferecendo curas espirituais na Casa de Dom Inácio de Loyola, em Abadiânia, Goiás, Brasil.

Por décadas, pessoas de todo o mundo buscaram suas sessões em busca de alívio para suas aflições físicas e emocionais, no qual o agressor, sob a influência de sua mediunidade, identificaria males, prescreveria tratamentos e realizaria cirurgias.

A Casa de Dom Inácio de Loyola, recebeu, durante os anos, inúmeras presenças ilustres ao redor de todo o mundo após a repercussão dos seus trabalhos e se passou a se denominar João “de Deus”, trazendo para si o poder pela cura de seus atendidos a religião e um ente divino.

Em dezembro de 2018, exibido pela Rede Globo de televisão, foi ao ar um programa em que o apresentador e a repórter Camila Appel ouviram, individualmente, relatos de 10 mulheres com histórias parecidas, que disseram ter sofrido abuso sexual do médium, mesmo as brasileiras que apareceram no programa não quererem se identificar por medo e vergonha, a partir da coragem dessas mulheres, deu-se abertura ao maior escândalo de abuso sexual do Brasil. (Carvalho, 2018, online)

A partir de então, outros milhares de denúncias começaram a surgir, de forma que o Ministério Público de Goiás precisou da criação de uma força tarefa composta de quatro promotores e duas psicólogas e inclusive a cooperação do Ministério Público de outros estados para amparar e ouvir as supostas vítimas que começaram a aparecer. Ao longo de 45 anos, cerca de 319 mulheres procuraram a promotoria para relatar os casos de abusos por parte de João de Deus, dessas, 194 formalizaram as acusações e ao menos 15 alegam terem sido vítimas antes dos 13 anos. Os relatos são de mulheres de todas as faixas etárias, com uma maioria de denúncias formalizadas de vítimas entre 18 e 30 anos.

João de Deus pregava ser um homem de Deus, que não agia por si mesmo, mas como instrumento de espíritos superiores e este é o motivo pelo qual as vítimas tiveram sua vontade, não viciada em razão de fraude, mas tolhida, pois encontravam-se envoltas em um limbo sentimental, confusas pelo medo da doença e com a esperança de serem curadas, quando na verdade estavam sendo vítimas de violência sexual e não podiam fazer

nada para impedir seu abusador, do contrário, a força espiritual na qual acreditavam poderia se virar contra elas e não promover sua cura.

Ao Brasil de Fato (2019), Luciano Miranda, promotor de justiça e coordenador da força-tarefa responsável pela investigação, afirma que a riqueza de detalhes e uniformidade dos relatos foi o que mais impressionou e, ao mesmo tempo, assustou os promotores que acompanham o caso, pois o modus operandi dele praticamente não mudou nesses 40 anos, há vítimas que foram abusadas nos anos 80, vítimas abusadas recentemente, poucos meses antes dele ser preso, de diferentes idades, e a forma de agir sempre fora a mesma: usando a fé e alegando ser a vontade de Deus.

Sobre o perfil das vítimas, ressalta-se:

A maioria das vítimas que procuravam o médium eram pessoas sensíveis, que possuíam algum tipo de enfermidade, trauma, ou estavam abaladas emocionalmente por algum ente querido estar passando por dificuldades, pessoas que passam por situações de intenso sofrimento e tem a suas vidas retirada dos eixo podem ser capazes de se sujeitar a qualquer tipo de situação para aliviar o seu sofrimento e possivelmente afastando o seu discernimento ou até mesmo a sua capacidade de resistência (Cunha, 2018, p.1).

As vítimas se encontravam diante do impasse de relatar o ocorrido e ter retaliação por parte dos fiéis e da própria fé, sendo que o João de Deus justificava seus atos como um meio para atingir a cura e salvação esperada.

Foram quase 45 anos de silêncio enquanto a figura de João de Deus permaneceu idolatrada e venerada ao redor do mundo, após um episódio de abuso as vítimas se deparavam com o agressor sendo responsabilizado pela cura e espiritualização das milhares de pessoas que passaram pela Casa de Dom Inácio de Loyola, sendo que os próprios funcionários da casa, os guias turísticos e alguns habitantes de Abadiânia encobriam os relatos, por meio de questionamentos sobre o equilíbrio psicológico da vítima e os dons “divinos” que o agressor possuía.

Quando se trata de violência sexual, costuma haver muito silêncio por parte das mulheres devido aos estigmas da sociedade, de forma que elas sentem medo, vergonha e até culpa pela própria violência que sofreram, por uma questão cultural e de violência de gênero.

Além de ter inúmeras declarações públicas desacreditando as mulheres que realizaram as denúncias contra João de Deus, retratando-as como instáveis, o próprio médium também adotou essa estratégia de deslegitimação dos relatos das vítimas. Quando confrontado com as acusações de sua filha, que disse ter sido abusada sexualmente dos 11 aos 14 anos e espancada, resultando em um aborto e posteriormente em dependência de drogas decorrente do trauma, conforme veiculado no Domingo Espetacular (2018), ele respondeu alegando que ela tinha um histórico de múltiplas internações e que já havia se retratado anteriormente, sugerindo que as palavras da vítima não eram confiáveis. O acusado sequer se defendeu das acusações, alegando inocência. Sua resposta se limitou a atacar a credibilidade da denunciante, insinuando que sua filha era mentalmente instável.

A revitimização no caso de João de Deus está intrinsecamente relacionada aos desafios enfrentados pelas vítimas de violência sexual pelo referido médium ao longo de várias décadas, pois após relatarem os atos de violência dos quais foram vítimas, essas pessoas enfrentaram não somente o escrutínio do processo judicial, mas também a exposição pública, o julgamento social e a traumatização decorrente da necessidade de reiteradamente relatarem suas experiências traumáticas, seja por meio da mídia, das interações com o sistema legal ou do ceticismo da sociedade em relação às suas narrativas. O fenômeno da revitimização no caso João de Deus ilustra as barreiras enfrentadas pelas vítimas de violência sexual em busca de justiça e reconhecimento, ressaltando, assim, a importância de abordagens sensíveis e empáticas para lidar com essas complexas questões jurídicas e sociais.

De forma exemplificativa, segundo Monteiro e Souza (2007, p. 29), ao procurar uma delegacia especializada para registrar uma queixa, a mulher encontra-se em um momento singular de decisão, necessitando de apoio e compreensão, pois a decisão de denunciar a violência que ocorre no âmbito privado é difícil e requer apoio da rede social (Rifiotis, 2004, p. 85). Isso porque a mulher que já foi vítima da violência, passa também a ser vítima do

sistema, ou seja, da violência institucional, que expressa e reproduz as relações sociais capitalistas e a violência das relações patriarcais (Andrade, 1997, p. 46).

No caso em tela, vemos que o ciclo de violência demorou anos para ser findado, de forma que, por medo das vítimas e encobrimento das pessoas e autoridades que cercavam o médium, levou a diversas mulheres serem abusadas durante décadas e o agressor se manteve como figura pública, que estaria sendo venerada até os dias de hoje se não fosse pela coragem da primeira mulher a vir de forma pública relatar e recontar o abuso sofrido e reviver, quantas vezes for necessário para se obter a justiça, o julgamento velado da sociedade, passando por todos os graus de vitimização.

E, então, novamente, a mulher que já foi violentada em casa, passa a ser violentada pelas estruturas da Justiça, já que não há um preparo dos profissionais em realizar uma escuta humanizada, acolhimento, e eles acabam aparentando descaso, indiferença e omissão com relação as situações denunciadas.

Apesar da crescente feminização do Judiciário, as desigualdades de gênero persistem na magistratura, que permanece um espaço gendrado, masculino, o que interfere na postura de juízas, delegadas e promotoras, cuja aceitação entre os pares parece estar condicionada à negação de sua identidade feminina. Assim, na tentativa de imprimirem racionalidade e objetividade às sentenças formuladas, adotam uma postura mais rígida, que associam ao sexo masculino. (Tavares, 2011, p. 23)

Segundo o Tribunal de Justiça de Goiás (TJ-GO, 2023), em 15 de setembro de 2023, o médium foi denunciado em relação a crimes praticados contra 66 vítimas e condenado em relação a 56 delas, sendo que foi reconhecida a extinção da punibilidade pela decadência ou prescrição em casos de 120 vítimas, no qual o Juiz da comarca de Abadiânia sentenciou o médium a mais 118 anos de prisão, totalizando 489 anos e 4 meses de reclusão.

As denúncias contra João de Deus provocaram indignação e desconfiança em relação a figuras espirituais. As vítimas, sempre mulheres, enfrentaram não apenas a vitimização inicial, mas também a revitimização ao terem suas histórias desacreditadas e questionadas. Este cenário destacou a necessidade urgente de regulamentações mais

rígidas e de fiscalização, assim como um melhor atendimento às vítimas no ato das denúncias.

Além disso, o caso gerou debates importantes sobre a prescrição de crimes sexuais, já que muitos dos abusos ocorreram há décadas, entendendo-se que em muitas das vezes, as vítimas podem levar anos para estar denunciando os seus agressores, por medo e vergonha.

O caso João de Deus é um lembrete doloroso dos perigos da idolatria cega e do abuso de poder, enfatizando a importância de proteger as vítimas, o polo vulnerável e passível do merecimento de atenção. A desmoralização das vítimas reforça a urgência de criar mecanismos que assegurem que as vozes das vítimas sejam ouvidas e respeitadas, evitando a perpetuação do sofrimento e da injustiça.

CONCLUSÃO

A subnotificação e o medo que as mulheres vítimas de violência sexual possuem de denunciar o agressor são reflexos de um problema mais amplo que permeia nossa sociedade. Apesar dos avanços legislativos, como o Código Penal brasileiro, a Lei Maria da Penha e a Lei Mariana Ferrer, ainda enfrentamos uma realidade alarmante de desigualdade e violência de gênero.

A crescente incidência de violência contra as mulheres é um sintoma perturbador dessa. Relatórios recentes indicam um aumento nos índices de feminicídio, agressões físicas, psicológicas e sexuais, demonstrando a urgência de medidas eficazes para proteger as mulheres e punir os agressores.

No entanto, muitas mulheres enfrentam barreiras significativas para denunciar a violência que sofrem, como o medo de represálias por parte do agressor, a falta de apoio da família ou da comunidade e a preocupação com a revitimização no sistema judicial.

Além disso, a persistência da desigualdade de gênero perpetua estereótipos prejudiciais e limita o acesso das mulheres a oportunidades e direitos básicos. A cultura do

machismo e da misoginia ainda está arraigada em muitas instituições e na mentalidade coletiva, dificultando o combate à violência de gênero.

Para enfrentar esse cenário desafiador, é necessário um esforço conjunto da sociedade, do governo, das instituições e da comunidade jurídica. É preciso investir em políticas públicas que promovam a igualdade de gênero, na educação para a desconstrução de padrões patriarcais, na capacitação dos profissionais que lidam com vítimas de violência e na garantia de uma resposta eficaz do sistema judiciário.

Além disso, é fundamental dar voz e apoio às mulheres que enfrentam a violência, garantindo que sejam ouvidas, respeitadas e protegidas. A vitimização e a revitimização devem ser combatidas com sensibilidade e empatia, assegurando que as mulheres tenham acesso à justiça e à reparação pelos danos sofridos.

Em suma, a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária e livre de violência contra as mulheres requer um compromisso coletivo e persistente. É hora de agir com determinação e solidariedade para garantir que todas as mulheres possam viver com dignidade, segurança e respeito. Soluções incluem o desenvolvimento de políticas públicas eficazes, educação para a igualdade de gênero, capacitação de profissionais e garantia de acesso à justiça e reparação para as vítimas.

PRIMARY TO QUATERNARY VICTIMIZATION IN CRIMES AGAINST WOMEN'S SEXUAL DIGNITY: A MULTIDIMENSIONAL ANALYSIS;

ABSTRACT

This research addresses violence against women, focusing on crimes against sexual dignity, analyzing the different levels of victimization, from primary to quaternary and the impacts caused to victims at each of these levels. This study is important to understand the weaknesses of laws outside the protection of women and what measures should be taken to improve support for victims. Having as a general objective to analyze victimization in crimes against women's sexual dignity, covering psychological, social, legal and cultural impacts and as specific objectives, to investigate victims' characteristics and contexts, institutional responses (secondary victimization), long-term impacts on health mental health and quality of life (tertiary victimization), and prevention strategies and accessories (quaternary victimization). The methodology used in this study is based on qualitative research, using a deductive approach and using bibliographic sources. This study structured into three topics, in the first topic, the social and historical aspects of these connections are explored, in the second topic, the effectiveness of legal instruments aimed at protecting women is highlighted and in the third topic, a specific analysis is carried out on the revictimization in the case of João "de Deus" Teixeira de Faria. The main conclusions were about the size of the need and importance of an integrated and

multidisciplinary approach to tackling sexual violence against women, addressing both systemic failures and individual impacts.

Keywords: Victimization. Sexual Crimes. Revictimization. Victim in criminal proceedings. Women's sexual dignity.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 1979. Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania. Florianópolis: UFSC; 1997.

BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. Tempos e memórias: movimento feminista no Brasil. Brasília, DF. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.

BARSTED, Leila Linhares. A Violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. In: UNIFEM. O Progresso das Mulheres no Brasil. Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: a experiência vivida. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BESTER, Gisela Maria. Aspectos históricos da luta sufrágica feminina no Brasil. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 11-22, 1997. Disponível em: www.journal.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23351/pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Rio de Janeiro/RJ: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 4.212, de 21 de maio de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 1962.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 2006.

BRASIL. Decreto nº4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Diário Oficial da União, Brasília/DF, 2021.

BUCHWALD, E.; FLETCHER, P. R.; ROTH, M. (Eds.). *Transforming a rape culture*. Minneapolis: Milkweed Editions, 2003. (Trabalho original publicado em 1993).

BUENO, Samira et al. Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil: sumário executivo. 4. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

CARLIN, Volnei Ivo. *A Face Feminina do Direito e da Justiça*. Florianópolis: OAB/SC, Editora, 2006.

CARVALHO, S. C.; LOBATO, J. H. C. *Vitimização e processo penal*. 2008. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13746-13747-1-PB.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

CARVALHO, Wallace. Em entrevista a Bial, mulheres acusam médium João de Deus de abuso sexual: 'Ele dizia que minha doença ia voltar'. Conversa com Bial, 2018. Rio de Janeiro. Disponível em: gshow.globo.com/programas/conversa-com-bial/noticia/em-entrevista-a-bial-mulheres-acusam-medium-joao-de-deus-de-abuso-sexual-ele-dizia-que-minha-doenca-ia-voltar.ghtml. Acesso em: 14 maio 2024.

CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lídio de. *Mulheres (in)subordinadas: o empoderamento feminino e suas repercussões nas ocorrências de violência conjugal*. Psic.: Teor. e Pesq., Brasília, 2008, Vol. 24 n. 2.

COUTINHO, M. L. R. *Tecendo por trás dos panos: a mulher brasileira nas relações familiares*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

CONCEIÇÃO, Eloisa Botelho da Silveira. *Feminicídio no Brasil*. 2016. FACNOPAR. Disponível em: <http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974728811632.pdf>.

CUNHA, Maria. Abusos e controvérsias: o caso João de Deus. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 1-15, dez. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre a mulher e seus direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13746-13747-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2023.

ELUF, Luíza Nagib. Crimes contra os costumes e assédio sexual. São Paulo: J. Brasileira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. Criminologia. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JEWKES, R.; SEN, P.; GARCÍA-MORENO, C. Sexual violence. In: KRUG, E. G. et al. (Eds.). World report on violence and health. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde, 2002.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. Pro-Posições, v. 19, n. 2 (56), maio/ago. 2008.

MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. Revista Cadernos de Direito. Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 91-115, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/232>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. O voto feminino no Brasil. 2. ed. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019

MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. Criminalidade feminina e construção do género: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. Psicológica, Lisboa, v. 30, 2012.

MENESES, Maria Marciana Ferreira. Violência doméstica e familiar contra a mulher à luz da Lei nº 11.340/2006. Sousa: Universidade Federal de Campina Grande, 2006.

MONTEIRO, C. F. S. & SOUZA, E. O. Vivência da violência conjugal: Fatos do cotidiano. Texto Contexto Enfermagem, 16(1), 26-31, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. Declaration on the elimination of violence against women. 48a. Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, 21 set. 1993 a 19 set. 1994, Nova York.

Nova York: ONU, 1993. Disponível em:

www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/104. Acesso em: 10 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra Dignidade Sexual. Rio De Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 23, n. 45, p. 239-260, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. Cadernos Jurídicos, São Paulo, Ano 15, n. 38, jan./abr. 2014. Acesso em: 13 jan. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional. 10. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIFIOTIS, T. (2004). As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a "judiciarização" dos conflitos conjugais. Sociedade e Estado, 19(1), 2004, Santa Catarina.

RUFATO, Camila; AVILA, Fernanda de. Violência contra a mulher. Entenda o que muda após a Lei Mariana Ferrer entrar em vigor. Lei pune constrangimentos às vítimas após Mariana Ferrer ser humilhada em audiência. Estado de Minas – Nacional, 25 nov. 2021. Entrevista concedida a Larissa Ricci.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Violência de Gênero no Brasil Atual. Estudos Feministas, Florianópolis, p. 443, jan. 1994. ISSN 0104-026X. Disponível em: periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16177/14728. Acesso em: 26 nov. 2023.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. In: MORAES, L. Q.; NAVES, R. (Orgs.). Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência. Campinas: Unicamp, 2002. p. 197-221.

SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade). Psicologia USP, São Paulo, v. 13, 2002.

SANTOS, Sandra Ferreira dos. A mulher na Magna Grécia: um "objeto" de valor. Revista Brasileira de Estudos Clássicos, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, p. 29-48, 2016.

SARTI, C. A. Famílias enredadas. In: ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F. (Orgs.). Família: redes, laços e políticas públicas. São Paulo: Editora Cortez, 2007. p. 21-36.

SOBRINHO, Augusto. João de Deus é condenado a mais de 118 anos de prisão por crimes sexuais; condenações somam quase 500 anos. G1, Goiás, 15 de setembro de 2023. Disponível em: g1.globo.com/go/goias/noticia/2023/09/15/joao-de-deus-e-condenado-a-mais-de-118-anos-de-prisao-por-crimes-sexuais-condenacoes-somam-quase-500-anos.ghtml. Acesso em: 10 fev. 2024.

SUDRE, Lu. Abusos da fé: um ano do caso João de Deus. Brasil de Fato, São Paulo/SP, 7 de dezembro de 2019.

SUNDE, Rosario Martinho; SUNDE, Lucildina Muzuri Conferso; ESTEVES, Larissa Fenalte. Feminicídio durante a pandemia da COVID-19. Oikos: Família e Sociedade em Debate, v. 32, n. 1, p. 55-73, 2021.

TAVARES, Márcia Santana. Roda de conversa entre mulheres: denúncias sobre a Lei Maria da Penha e descrença na justiça. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio 2015.

TAVARES, Márcia Santana; SARDENBERG, Cecilia GOMES, Márcia Q. de C. Feminismo, Estado e políticas de enfrentamento à violência contra mulheres: monitorando a Lei Maria da Penha. Labrys (Edição em português), v. 20, p. 1-30, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. João de Deus é condenado a mais de 118 anos de prisão; todas as ações contra o médium foram julgadas em primeiro grau. Disponível em: www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/27581-joao-de-deus-e-condenado-a-mais-de-118-anos-de-prisao-todas-as-acoes-contra-o-medium-foram-julgadas-em-primeiro-grau. Acesso em: 14 maio 2024.

TRINDADE, Wânia Ribeiro; FERREIRA, Márcia de Assunção. Sexualidade feminina: questões do cotidiano das mulheres. Texto Contexto Enferm, Florianópolis, 2008.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FRANCISCO, Fabiano Porto. Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 108, n. 999, p. 369-404, jan. 2019.

VIVAS, Fernanda. Em 132 anos de história, STF teve 168 ministros homens e apenas 3 mulheres. TV Globo, Brasília/DF. Disponível em: g1.globo.com/politica/noticia/2023/08/08/em-132-anos-de-historia-stf-teve-168-ministros-homens-e-apenas-3-mulheres.ghtml. Acesso em: 15 mar 2024.

VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. Dossiê Temático. Revista Rio de Janeiro, n. 12, p. 3-125, 2004.

YOUTUBE. Filha de João de Deus relata abusos que teria sofrido do médium. Domingo Espetacular, 16 de dez. de 2018. Disponível em:
www.youtube.com/watch?v=rHAX4L8k8GY&t=498s. Acesso em: 05 mai 2024.

DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA *CANNABIS*: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

Luana Fernandes Massarani¹⁶
Marielly Vitória Marques Vieira¹⁷
Mylena Seabra Toschi¹⁸

RESUMO

O trabalho apresenta uma análise abrangente sobre a descriminalização e legalização do uso da *cannabis*, explorando experiências internacionais e perspectivas para o Brasil. A pesquisa destaca que a implementação da descriminalização tem potencial de mitigar o tráfico de drogas e a superlotação carcerária, onde há predominância de indivíduos pardos e negros. A conexão entre a marginalização socioeconômica e o comércio ilegal de drogas é evidenciada. As experiências do Uruguai e do Colorado, EUA, são analisadas. No Uruguai, a regulamentação visou proteger a saúde pública, desencorajar o tráfico e melhorar a qualidade do produto. No Colorado, a legalização gerou empregos, receitas significativas e reduziu prisões relacionadas à maconha. No Brasil, argumenta-se que a criminalização do uso de drogas viola princípios constitucionais como a liberdade de expressão e a lesividade. A pesquisa conclui que é fundamental explorar alternativas às abordagens repressivas, com foco na redução de danos e na promoção da saúde pública, conforme experiências em outros países.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização da Cannabis. Legalização da Cannabis. Políticas Públicas. Redução de Danos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho realiza uma análise abrangente sobre a descriminalização e legalização do uso da *cannabis*, explorando experiências internacionais e perspectivas para o Brasil. O objetivo é examinar os possíveis impactos da implementação dessas políticas, tanto em termos sociais quanto econômicos. A pesquisa inicia-se com uma discussão sobre o contexto brasileiro, destacando a conexão entre a marginalização socioeconômica e o comércio ilegal de drogas, bem como os altos índices de encarceramento, onde há predominância de indivíduos pardos e negros. Em seguida, são apresentadas as

¹⁶Massarani Fernandes, estudante, Faculdade Evangélica Raízes, Anápolis, Goiás, lumassarani@gmail.com.

¹⁷Vieira Marielly, estudante, Faculdade Evangélica Raízes, Anápolis, Goiás, mariellyvivi1@gmail.com.

¹⁸Mestre em Educação, Linguagem e Tecnologias. Psicóloga, psicopedagoga, professora na Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: mstoschi@hotmail.com.

experiências de países que adotaram abordagens alternativas à “guerra às drogas”, como o Uruguai e o Colorado, nos Estados Unidos. O artigo também aborda as críticas à abordagem repressiva, argumentando que a criminalização do uso de drogas viola princípios constitucionais como a liberdade de expressão e a lesividade. Nesse sentido, são exploradas as perspectivas de políticas públicas externas para a redução de danos e a descriminalização. Ao final, o trabalho conclui que é fundamental explorar alternativas às abordagens repressivas, com foco na promoção da saúde pública e no respeito aos direitos individuais, conforme experiências em outros países.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E HISTÓRIA DA PROIBIÇÃO

A complexa história da proibição da *cannabis* no Brasil e no mundo, desde suas origens até os debates contemporâneos sobre sua descriminalização e legalização. Explora-se como questões políticas, econômicas, sociais e raciais influenciaram a proibição da *cannabis*, desde o século 20 até os dias atuais. Além disso, são analisados os impactos das mudanças na legislação em diversos países, destacando exemplos como o Colorado (EUA) e o Uruguai, e as interconexões entre desigualdade social, uso de drogas e políticas relacionadas à *cannabis*. A importância de políticas equilibradas que considerem tanto os aspectos de saúde pública quanto os desafios sociais associados ao consumo de drogas.

1.1 História da proibição da *Cannabis* no Brasil e no mundo

A história da proibição da *cannabis* é complexa e varia de acordo com o país. No Brasil e em muitos outros lugares, a proibição da *cannabis* foi influenciada por uma combinação de fatores sociais, políticos, econômicos e culturais. Pode-se considerar a era colonial brasileira como um período-chave na introdução e na posterior estigmatização da *cannabis*.

No Brasil, a proibição da *cannabis* foi estabelecida durante o governo de Getúlio Vargas com a Lei de Tóxicos nº 6.386 de 1976, em consonância com a implementação de leis antidrogas em outros países. (Oliveira, 2022)

Ao revisitarmos a história do Brasil, fica claro o vínculo intrínseco com a planta *Cannabis* desde a chegada das primeiras caravelas portuguesas em 1500. Não apenas as velas, mas também as cordoalhas das frágeis embarcações eram feitas a partir da fibra de Cânhamo, outro nome pelo qual a planta é conhecida. (Carlini, 2006).

Desde os primórdios da colonização, a planta já desempenhava um papel significativo na economia, seja na produção de cordas para as caravelas portuguesas, como mencionado, ou até mesmo na agricultura indígena.

Ao longo do tempo, essa associação utilitária evoluiu para uma conexão cultural e social mais profunda, especialmente entre as populações marginalizadas, como os negros escravizados e os povos indígenas. A *cannabis* não apenas desfrutava de usos práticos, mas também era integrada em práticas religiosas e rituais, tornando-se parte da identidade e da resistência desses grupos.

Pouco cuidava então desse uso, dado estar mais restrito às camadas socioeconômicas menos favorecidas, não chamando a atenção da classe dominante branca. (Carlini, 2006)

A conexão entre a criminalização da *cannabis* e interesses políticos e econômicos é evidente. Esta relação remonta a 1764, durante a invasão de Napoleão ao Egito, quando a planta sofreu sua primeira proibição. Na ocasião, os soldados franceses, após experimentarem os efeitos psicoativos da maconha, demonstraram uma redução na agressividade, levando o imperador a proibir automaticamente o seu uso por suas tropas. (Ballota; Souza, 2005)

Remontando aos tempos coloniais, quando a elite branca dominante começou a associar o uso da *cannabis* com a "inferioridade" racial e cultural dos povos marginalizados. Essa percepção distorcida da planta como algo associado à "selvageria" e à "ignorância" contribuiu significativamente para sua marginalização e posterior criminalização.

O autor a seguir realiza uma alusão histórica à *cannabis*, evidenciando e enfatizando as conotações raciais e culturais associadas ao tema:

A raça preta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, se em determinadas circunstâncias prestou grande serviço aos brancos, seus irmãos mais adiantados em civilização, dando-lhes, pelo seu trabalho corporal, fortuna e comodidades, estragando o robusto organismo no vício de fumar a erva maravilhosa, que, nos êxtases fantásticos, lhe faria rever talvez as areias ardentes e os desertos sem fim de sua adorada e saudosa pátria, inoculou também o mal nos que a afastaram da sua terra querida. (Dória, 1958, p. 13)

Ao avançar na história, podemos destacar o papel das potências coloniais europeias e suas políticas de controle de drogas, que visavam não apenas manter o domínio sobre as colônias, mas também impor padrões culturais e sociais europeus. A criminalização da *cannabis*, nesse contexto, tornou-se uma ferramenta para reprimir e controlar as populações colonizadas, ao mesmo tempo em que reforçava as hierarquias raciais e culturais estabelecidas.

Essa alusão histórica mais abrangente não só destaca a complexidade da proibição da *cannabis*, mas também ressalta como as questões de raça, classe e poder desempenharam um papel fundamental nesse processo.

Em suma, é notório que a marginalização da maconha está intrinsecamente ligada à sua representação como uma substância associada à alteração da consciência e à cultura negra, o que influenciou diretamente sua criminalização. Compreender esse contexto é crucial para desfazer estigmas arraigados e repensar as políticas públicas em relação ao uso e regulação da *Cannabis*, levando em conta não apenas seu impacto físico, mas também suas complexidades culturais e históricas.

1.2 A crescente tendência de descriminalização e legalização da *cannabis*

A crescente tendência de descriminalização e legalização da *cannabis* é um fenômeno global que tem ganhado destaque nos últimos anos. Vários países e estados têm revisado suas políticas em relação à *cannabis*, tanto para uso medicinal quanto para uso recreativo.

Existem várias razões para essa mudança de atitude em relação à *cannabis*. Muitos governos estão considerando a legalização da *cannabis* como uma forma de combater o

mercado ilegal e o tráfico de drogas, redirecionando recursos para políticas de saúde pública e prevenção ao uso abusivo de substâncias.

A *cannabis* é a substância ilícita (proibida sob o regime internacional de controle de drogas) mais consumida do mundo. Segundo o Relatório Mundial de Drogas do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, estima-se que, em 2020, existiam 192 milhões de usuários de *cannabis* no mundo. O Relatório ainda aponta que a planta é produzida em praticamente todos os países (UNOCD, 2020).

O Brasil faz parte dos países que são adeptos as políticas proibicionistas, sendo o principal exemplo a Lei nº. 11.343/06 (Brasil, 2006), o artigo 33 procura estabelecer uma distinção entre usuário e traficante, ao apresentar definições e penalidades distintas para cada categoria. Consequentemente, ao traficante é imposta uma punição mais severa, prevista no capítulo "Dos Crimes", conforme expresso no artigo 33:

Artigo 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. (Brasil,2006)

Entretanto, essa lei está ultrapassada. O crescente consumo e tráfico de drogas, especialmente da maconha, demonstram que esse modelo de combate às drogas não tem funcionado no Brasil (Carvalho, 2007).

Os dados da DEPEN registraram ao final de 2017, uma quantidade de incidências penais sobre a Lei de Drogas de 200.583 casos, o que representa 20,28% da população carcerária, segundo motivo que gera mais encarceramento no Brasil. Em pesquisa realizada pela Agência Pública de Jornalismo Investigativo, que analisou cerca de 4 mil sentenças de primeiro grau, em 2017, na grande São Paulo, cidade que registra maior número de prisões sob o Lei das Drogas, demonstrou que os magistrados não somente condenam proporcionalmente mais negros, como também por menores quantidades. Enquanto pessoas negras são condenadas portando em média 136,50 gramas de maconha, a média para pessoas brancas é de 482,40 gramas, ou seja, um acréscimo de

313,9 gramas. Dentre as três drogas apresentadas, a maconha é a que apresenta a maior discrepância entre os dois grupos raciais. (DEPEN, 2017)

Ao analisar tais dados, o que se vê na atuação cotidiana das polícias é um reforço da seletividade penal racial e social, pela intensificação da criminalização de grupos populacionais específicos, especialmente jovens negros e pobres. A partir da Lei de Drogas, que não prevê critérios seguros nem diferenciação objetiva entre usuário e traficante, verifica-se ainda o alto poder discricionário de policiais e juízes, constituindo na prática uma política de drogas repressiva marcada por gênero, raça e classe, que permite a ampliação do controle sobre áreas economicamente desfavorecidas da cidade, onde vive a população negra. Ao mesmo tempo que imuniza as classes mais altas, privilegiadas por sua branquitude. (Boiteux,2019)

Nesse contexto, a descriminalização e legalização da *cannabis* têm o potencial de reduzir a seletividade penal racial e social, diminuir o poder discricionário de policiais e juízes, descongestionar o sistema de justiça penal, focar em políticas de saúde pública e reduzir o controle sobre áreas economicamente desfavorecidas. Essas medidas podem contribuir para uma abordagem mais justa e eficaz em relação ao uso de drogas, com impacto positivo em questões de justiça social, racial e penal.

A crescente tendência de descriminalização e legalização da *cannabis* em vários países e estados nas últimas décadas reflete uma mudança de paradigma em relação aos seus efeitos, além da busca por alternativas ao encarceramento em massa. Essas transformações têm provocado impactos culturais significativos, desafiando estigmas arraigados e fomentando debates sobre questões de saúde, liberdades individuais e a eficácia das políticas de drogas.

A legalização também pode trazer benefícios econômicos significativos, como a criação de novos empregos na indústria da *cannabis*, a geração de receita fiscal e o estímulo ao desenvolvimento de produtos inovadores relacionados à *cannabis*.

Mais próximo da atual situação do Brasil, vale citar a legalização realizada recentemente no Uruguai, país que compõe a América do Sul e também vinha com um

extenso histórico de sobrecarga no sistema prisional. Em dezembro de 2013 foi sancionada pelo presidente José Mujicaa lei 19.172/2013 (Uruguai, 2013), rompendo radicalmente o cenário mundial da relação entre Governos e *cannabis*, fazendo com que o país se torne a primeira experiência mundial de legalização da produção, fornecimento e consumo de maconha.

A descriminalização da *cannabis* no Uruguai ajudou a reduzir o número de prisões relacionadas à posse e uso da planta. Isso aliviou a sobrecarga do sistema de justiça criminal e diminuiu a superlotação nas prisões. Além disso, gerou receita fiscal considerável, que foi direcionada para programas de prevenção e tratamento de abuso de substâncias, entre outros. Isso também estimulou o crescimento da indústria de *cannabis*, criando empregos e oportunidades econômicas. Sobretudo, a descriminalização da *cannabis* no Uruguai teve um impacto significativo nas atitudes sociais em relação à droga, promovendo discussões sobre o consumo responsável e educando a população sobre seus riscos e benefícios (Kilmer et al., 2013).

Com isso, é possível observar que, a tendência crescente de descriminalização e legalização da *cannabis* em diversos países e estados desencadeou mudanças profundas na abordagem das políticas de drogas. Essas transformações apenas não refletem uma evolução nos entendimentos sobre os efeitos da *cannabis*, mas também levantam questões cruciais sobre justiça social, liberdades individuais e eficácia das abordagens regulatórias. Diante de um cenário global diversificado, onde coexistem diferentes legislações e práticas, é evidente que o debate em torno da *cannabis* continua a desafiar paradigmas estabelecidos, impulsionando a busca por soluções mais equitativas e eficazes no enfrentamento das questões relacionadas às drogas.

1.3 Desigualdade social e o papel da *cannabis* nas políticas atuais

A interligação entre disparidade social e utilização de substâncias psicoativas é intrincada. Em diversas ocasiões, grupos marginalizados confrontam-se com contextos socioeconômicos desfavoráveis, potencialmente influenciando seus padrões de consumo

de drogas e agravando as adversidades enfrentadas por essas comunidades. Esta complexidade demanda investigações que analisem as origens históricas dessa relação, como proposto pelos estudiosos:

O uso de drogas, por sua vez, é intimamente ligado à história da humanidade. Ao uso, são atribuídos diferentes significados e valores e, por isso, se faz necessário compreender sua complexidade e a multifatoriedade (Ronzani; Furtado, 2010). Entretanto, atualmente, o uso abusivo de drogas está articulado aos quadros de desigualdades sociais, sendo objeto de diversas políticas públicas. (Mendes; Ronzani; Paiva, 2019, p. 2)

Considerando o exposto, como uma perspectiva para a resolução potencial do dilema, identifica-se a descriminalização da *cannabis* como uma alternativa que não só pode repercutir nas dinâmicas culturais, mas também apresentar impactos positivos na abordagem de questões sociais de escopo mais abrangente.

A implementação da descriminalização tem o potencial de atuar como uma medida coadjuvante na mitigação do tráfico de substâncias entorpecentes, resultando na diminuição dos índices de atividades criminosas. Em decorrência, essa abordagem pode influenciar na mitigação do problema de superlotação nos sistemas penitenciários, onde há uma predominância de indivíduos pardos e negros, os quais constituem aproximadamente 66% da população encarcerada. (INFOOPEN, 2016).

Portanto, no âmbito da disparidade socioeconômica, persiste a conexão entre o emprego dos residentes em comunidades marginalizadas e a escassez de oportunidades formais, levando-os a buscar no comércio ilegal de drogas uma fonte alternativa de sustento perpetuando o ciclo de marginalização e estigma social. Ante o exposto, Rodrigues realiza a seguinte conclusão:

A intensificação do pauperismo, oriundo da própria dinâmica do capital, na constante tentativa de recuperar as elevadas taxas de lucro, ou simplesmente frear suas tendências de queda, contribui por excluir cada vez mais o trabalhador do mercado legal de trabalho, elevar os níveis de desemprego e, consequentemente, agravar o grau de pobreza e desigualdade social. O que se observa é que o tráfico de drogas é uma das alternativas ao pauperismo e, provavelmente, não existiria sem este último. (Rodrigues, 2022, s/p)

A narrativa que envolve a proibição da *cannabis* e os movimentos em direção à sua descriminalização é complexa, abarcando dimensões culturais, sociais e econômicas. O

debate em torno dessas questões está em constante evolução, enfatizando a importância de políticas equilibradas que levem em consideração tanto os aspectos de saúde pública quanto os desafios sociais associados ao consumo de drogas.

2. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DA DESCRIIMINALIZAÇÃO

A evolução das políticas relacionadas à *cannabis*, desde a proibição até as experiências de descriminalização e legalização em diferentes contextos, com ênfase nas abordagens adotadas pelo Uruguai e pelo estado do Colorado, nos Estados Unidos. Ao explorar os motivos por trás das mudanças de políticas e os impactos econômicos e sociais da legalização, o texto destaca a necessidade urgente de uma reformulação das políticas de drogas, enfatizando abordagens que priorizem a redução de danos, a promoção da saúde pública e a garantia dos direitos individuais.

2.1 Lições do Uruguai: descriminalização e legalização

A estratégia adotada pelo Uruguai para alcançar o atual marco legal em relação à *cannabis* envolveu uma progressão gradual. Inicialmente, houve a descriminalização do consumo, seguida pela legalização, culminando na criação de bases para a regulamentação da planta pelo Estado uruguai. Essa abordagem gradual adotada pelo Uruguai reflete a complexidade do tema e a necessidade de uma transição planejada, a fim de estabelecer um novo paradigma de políticas de drogas que equilibre questões de saúde pública, liberdades individuais e segurança. (Bastos, 2018).

Portanto, há uma compreensão de que a legalização de drogas ilícitas, tais como:

[...] estratégia que tem como objetivo a reforma da política antidrogas. Uma proposta que estabelece as bases para regulamentação da produção e distribuição dessas drogas em vez da sua criminalização. Logo, regulamentação é o processo que regula toda a cadeia de produção, distribuição e comercialização. Trazendo para o âmbito de controle do Estado um produto/substância que estava no mercado ilegal. Em regra, regula o uso, a posse, o cultivo, a transferência e o comércio da droga. (Bastos, 2018, online).

No dia 20 de dezembro de 2013, o governo uruguai aprovou a *Ley 19.172 - Marihuana y Sus Derivados. Regulación y Control Del Cannabis 70.*¹⁹ A lei que regulamenta a produção, a distribuição e o porte, bem como o consumo recreativo, medicinal e industrial da maconha e seus derivados no país. Nesse sentido, o Uruguai se tornou o primeiro país no mundo a regulamentar a *cannabis* em esfera nacional²⁰. Sua forma de regulamentação é um modelo inovador por submeter todas as etapas, da produção à distribuição, ao controle do Estado (Sanjurjo, 2016).

A Lei 19.172 (Uruguay, 2014, p. 1), em seu primeiro artigo, justifica o objetivo da regulamentação do novo setor cannábico por meio do controle estatal:

[...] proteger, promover y mejorar la salud pública de la población mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso del *cannabis*, que promueva la debida información, educación y prevención, sobre las consecuencias y efectos perjudiciales vinculados a dicho consumo²¹.

A Lei foi sendo implementada por etapas lentas, cautelosas e deliberadas, de forma que moldou um sistema de reforço à saúde pública e à redução do crime, em vez de concentrar na comercialização (Robinson, 2016), (Ramsey, 2016). Do mesmo modo, ela sem dúvidas, representou uma mudança substancial e também foi considerada internacionalmente como uma guinada em direção a uma solução alternativa, uma abordagem liberal à política de drogas (Reperger, 2014).

A ilegalidade das drogas, segundo alguns autores, tem um efeito criminógeno, ou seja, cria condições para o surgimento de organizações criminosas e eleva os custos dos entorpecentes. Isso, por sua vez, incentiva os usuários a cometerem crimes para sustentar seu vício. (Maccoun; Reuter; Nadelman, 1988 apud Garzon, 2015, p. 4).

Nesse sentido, a legalização da *cannabis* alterou a percepção da droga em comparação com outras substâncias ilícitas:

¹⁹Lei 19.172 – Maconha e seus Derivados. Regulamentação e Controle da *Cannabis* (tradução nossa).

²⁰Os estados de Washington e Colorado – EUA – legislaram o uso recreativo em novembro de 2012 e o uso medicinal já era regulamentado desde 1998 em Washington e em 2012 no Colorado.

²¹Proteger, promover e melhorar a saúde pública da população através de uma política destinada a minimizar os riscos e a reduzir os danos causados pelo uso de *cannabis*, que promove informação, educação e prevenção adequadas, sobre as consequências e efeitos nocivos relacionados ao referido consumo (tradução nossa).

Os municípios na fronteira com o Uruguai são os que apresentam maior nível concordância que a legalização da maconha diminuiria o contato do usuário com outras drogas mais pesadas [...], com relevância estatística em relação aos outros estratos. (IPEA, 2017, p.31).

É relevante destacar uma distinção pragmática de mercados, onde os usuários de *cannabis*, que constituem a maioria entre os consumidores de substâncias entorpecentes não apenas no Uruguai, mas em todo o mundo (UNODC, 2020), não estão mais compelidos a recorrer ao narcotráfico para adquiri-la, o que reduz sua exposição a drogas mais prejudiciais. Conforme os dados do Monitor *Cannabis* 2016 revelam, a cocaína foi oferecida a praticamente todos os usuários que buscaram traficantes para comprar *cannabis* psicoativa. Assim, a regulamentação desse mercado impede a exposição desses indivíduos a substâncias com alto potencial de danos à saúde. (Bastos, 2018).

A vista disso, o Uruguai está na vanguarda das políticas de não criminalizar os usuários de drogas e é o primeiro país latino-americanos a ter políticas públicas de redução de danos por uso e abuso de drogas para usuários problemáticos, com o Marco Regulatório para os Estabelecimentos Especializados no Tratamento de Usuários com Consumo Problemático de Drogas da Lei 17.930 de 2005 que criou o Centro de Informação e Referência Nacional da Rede Drogas – Portal Amarelo (CBDD, 2011).

Assim, com a adesão dos usuários à regulamentação estatal, espera-se que a legislação também traga benefícios econômicos para o país. A regulamentação oferece aos consumidores acesso a maconha de melhor qualidade, reduzindo o encarceramento devido à legalização da posse e do comércio da *cannabis*. Além disso, incorpora o objetivo de reduzir os riscos e danos associados ao consumo, por meio de políticas educacionais destinadas a prevenir o uso precoce ou abusivo da maconha. A sociedade também pode se beneficiar economicamente com o setor, especialmente na criação de novos empregos formais.

2.2 Experiência do Colorado nos EUA

Os Estados Unidos foram os primeiros a liderar globalmente a proibição das drogas, enfrentando uma batalha contra nações envolvidas na produção e comércio desses produtos, e principalmente criminalizando os usuários de substâncias psicoativas consideradas ilegais. É notável que a legalização da droga mais consumida mundialmente começou em um ambiente de proibição, e essa mudança na política não foi motivada apenas por movimentos sociais a favor, mas também, em grande parte, pela crescente indústria da *cannabis* nos Estados Unidos.

A "Emenda 64" do artigo XVIII da Constituição do Colorado, que regula o uso recreativo e o mercado de *cannabis*, foi aprovada através de plebiscito no dia 6 de novembro de 2012 com 55% dos votos a favor. (Colorado, 2012). A população se referiu à nova lei como "uma lei para regular a *cannabis* como o álcool" e o Colorado se tornou o primeiro estado estadunidense a legalizar a *cannabis* recreativa.

A promulgação da Emenda 64 estabeleceu a regulamentação da *cannabis*, resultando em um impacto econômico significativo. Essa medida culminou na criação de 18.000 empregos em tempo integral e na geração de receitas da ordem de US\$2,39 bilhões em 2015. (Light et al., 2016).

O controle estatal da *cannabis* cria uma indústria altamente localizada. Quase todos os gastos com maconha circulam para trabalhadores e empresas dentro do estado. Como resultado, a indústria de maconha gera mais produção local e emprego por dólar gasto do que quase qualquer outro setor do Colorado. Apenas os gastos com programas governamentais geram mais empregos e produção por dólar gasto". (Light et al, 2016, p. 2)

De acordo com um estudo feito pela ArcView Group (2016), uma firma de investimento e pesquisa da indústria canábica, o mercado legal de *cannabis* cresceu 74% em 2014 em relação a 2013, obtendo um ganho total de \$2.7 bilhões de dólares contra \$1.5 bilhão de dólares em 2013, se tornando a indústria com o crescimento mais rápido da história dos Estados Unidos.

Além de gerar mais empregos, a legalização da *cannabis* fez com que o número de prisões relacionadas à erva diminuisse no Colorado, caindo 46% entre 2012 e 2014, de 12.894 a 7.004 casos registrados entre os crimes de posse, venda, produção, contrabando ou outros não-especificados. Apesar de ter sido legalizada, a *cannabis* ainda passa pela

restrita legislação antifumo do Colorado, sendo o consumo em espaços públicos estritamente vedado. Essa prática foi responsável, em média, por 79% dos crimes entre 2012 e 2014. (Departamento de Segurança Pública do Colorado, 2016)

Por conseguinte, a mudança de indivíduos envolvidos com o tráfico para empreendedores de pequenas empresas é um indício dos ganhos econômicos e sociais decorrentes da descriminalização.

Empresários saíram das sombras e alugaram frentes de lojas no Colorado para atender a demanda. As pessoas consideradas "traficantes de drogas" na noite anterior tornaram-se "proprietárias de pequenas empresas" de manhã; alguns que nunca tinham consumido maconha viram a oportunidade de iniciar um negócio com potencial de crescimento aparentemente ilimitado. Logo, havia mais lojas de maconha em Denver do que havia cafeteria Starbucks. (Blake; Finflaw, 2014, p. 364, tradução nossa).

Contudo, mesmo com alta demanda de negócios o mercado de trabalho da indústria da *cannabis* no Colorado é altamente regulado. Para ser empregado na indústria, é necessário obter uma licença ocupacional, documento que já é emitido pelo Governo do estado desde maio de 2011 e é válido por dois anos. Com base em dados fornecidos pela *Marijuana Enforcement Division* (MED) foi possível estimar a criação de 12.584 empregos em tempo integral em 2015. (Light et al, 2016).

À vista disso, é perceptível que há uma relação entre os aspectos sociais e econômicos que favorecem a legalização da *cannabis*. Os defensores dessa legalização mencionam benefícios sociais, como melhorias na saúde, educação e segurança dos usuários e da comunidade, além de ganhos financeiros substanciais. A legalização não só gera receitas por meio de impostos, mas também impulsiona uma indústria focada nesse mercado, incluindo lojas de venda, laboratórios para criar variedades da planta, produtos alimentícios com *cannabis*, entre outros.

2.3 Abordagens de políticas públicas para redução de danos e descriminalização

A abordagem da "Guerra às Drogas" é criticada por criar um ciclo vicioso que alimenta o problema em vez de resolvê-lo. A repressão coercitiva ao tráfico sem a

diminuição da demanda leva a um aumento do problema, especialmente em contextos de desigualdade social, onde pessoas pobres e marginalizadas são recrutadas para o comércio ilegal de drogas. (Basilio, 2022).

De acordo com o relatório publicado pela organização Drug Police Alliance (2016), nos Estados Unidos, essa política resultou em altos índices de encarceramento, especialmente de negros e latinos, evidenciando uma abordagem discriminatória e racista. Além disso, os altos custos financeiros associados à repressão às drogas não trouxeram resultados significativos na redução do tráfico. Conforme pontuado pelo especialista francês em etnografia, Loïc Wacquant:

Aqui se busca simplesmente observar que um importante motor por detrás do crescimento carcerário nos Estados Unidos foi a 'guerra às drogas' – política cujo nome não é adequado, uma vez que designa, na realidade, uma guerra de guerrilha à perseguição penal aos traficantes das calçadas e aos consumidores pobres –, dirigida primordialmente contra os jovens das áreas urbanas centrais decadentes, para quem o comércio de narcóticos no varejo fornecia a fonte mais acessível e confiável de emprego lucrativo na esteira do recuo duplo do mercado de trabalho e do Estado do bem-estar. (Wacquant, 1969, p.114-115).

O problema do tráfico de drogas e dos crimes decorrentes tem levado muitos países a introduzirem, na agenda pública, o tema da descriminalização e legalização das substâncias ilícitas consideradas leves. Cabe esclarecer a diferença entre os termos descriminalizar e legalizar: o primeiro refere-se a não mais criminalizar o seu porte para uso pessoal, enquanto o segundo significa permitir o consumo, comércio e a produção de uma substância sob a regulamentação do Estado. Como explicitado pelo autor a seguir:

Ao falarmos em descriminalizar, não se trata do entorpecente em si, mas sim o comportamento, o consumo da droga. Trata-se de um comportamento individual que traz consequências no plano social e jurídico. Em outro vértice, o legalizar já se refere ao entorpecente em si, é uma autorização expressa ao consumo, que a partir de então deixará de gerar consequências no mundo jurídico. O que vale dizer que quando seu descriminaliza uma determinada conduta, não está ou legalizando-a, mas sim deixaremos de punir; e o fato de não punir não importa em autorizar. (Diogo, 2016, p. 3)

As convenções internacionais sobre drogas têm moldado a política global de proibição, porém têm sido criticadas por perpetuarem um modelo falho e por não abordarem adequadamente questões de saúde pública e segurança. De acordo com Boiteux (2014), no Brasil, as políticas adotadas seguem um padrão semelhante aos dos

EUA, resultando em altos índices de encarceramento, especialmente por tráfico de drogas. A superlotação do sistema prisional, a criminalização da pobreza e a confusão entre usuários e traficantes contribuem para a ineficácia dessas políticas. Além disso, os altos gastos com prisões por tráfico de drogas não têm produzido resultados eficazes na redução do problema.

Nesse contexto, é fundamental observar os resultados obtidos por aqueles que adotaram abordagens além do modelo repressivo, com foco na Redução de Danos (RD). De acordo com Associação Internacional de Redução de Danos – The International Harm Reduction Association (IHRA, 2010) a RD busca minimizar as consequências pessoais, econômicas e sociais do uso de substâncias psicoativas, reconhecendo o consumo de drogas como uma questão presente nas sociedades. Ao priorizar o respeito à singularidade, autonomia e liberdade dos dependentes, a RD oferece uma alternativa viável e bem-sucedida.

De acordo com Grund e Breeksema (2013), a experiência de Redução de Danos (RD) na Holanda demonstra resultados significativos na abordagem das políticas sobre drogas. A repressão inicial ao uso de substâncias psicoativas, como *cannabis*, não reduziu o número de drogas disponíveis. No entanto, a implementação da RD, combinada com programas de assistência social, resultou em uma redução significativa no uso de drogas injetáveis e na disseminação do HIV. O combate ao estigma social contribuiu para a diminuição do consumo de crack e heroína. Além disso, os índices de consumo de *cannabis* na Holanda estão em linha com a média europeia, e o país registra baixa incidência de casos de HIV relacionados ao uso de drogas. Como exposto a seguir:

Em geral, o consumo de *cannabis* nos Países Baixos está a par com a média europeia. Com exceção do ecstasy, a prevalência de utilização de todas as outras substâncias pela população em geral são inferiores à média europeia e aquela dos Estados Unidos (ECMDA, 2012, NDM, 2012), e até mesmo o consumo de ecstasy está próximo da média europeia. A prevalência de uso problemático de crack e heroína nos Países Baixos é, respectivamente, inferior ou igual à média europeia (Grund; Breeksema, 2013, p. 47).

Como já exposto anteriormente na presente pesquisa, a legalização da *cannabis* no Colorado e no Uruguai marca uma mudança significativa nas políticas públicas sobre

drogas. No Colorado, a Emenda 64 regulamentou o uso recreativo e o mercado da *cannabis*, gerando um impacto econômico substancial, com geração de empregos e receitas significativas. Essa medida também levou a uma redução nas prisões relacionadas à maconha e à transição de traficantes para empreendedores legais, demonstrando os benefícios sociais e econômicos da legalização. Por sua vez, o Uruguai, como pioneiro, estabeleceu a regulamentação da *cannabis* em nível nacional pela Lei 19.172, com o objetivo de proteger a saúde pública, desencorajar o tráfico e melhorar a qualidade do produto, ressaltando seu potencial terapêutico. Essa abordagem priorizou não apenas a segurança dos usuários, mas também ofereceu uma alternativa ao mercado ilegal, resultando em benefícios econômicos e sociais para a sociedade.

Frente às falhas evidentes das políticas de Guerra às Drogas, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, torna-se crucial explorar alternativas mais eficazes e humanas para lidar com a questão das drogas. Experiências como as adotadas no estado do Colorado, nos Estados Unidos, e nos países Uruguai e Holanda oferecem insights valiosos sobre políticas públicas que priorizam a Redução de Danos (RD) e a descriminalização. Em suma, essas experiências destacam a urgência de uma reformulação das políticas de drogas, com foco na redução de danos, na promoção da saúde pública e na garantia dos direitos individuais, em contraposição ao fracasso contínuo das abordagens repressivas e criminalizadoras.

3. PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

O complexo debate em torno da criminalização da maconha no Brasil, analisando suas implicações à luz dos princípios constitucionais e dos direitos individuais. Argumenta-se que as leis que proíbem a maconha levantam questões fundamentais sobre saúde pública, liberdade individual e coerência regulatória. Diante disso, este ensaio explora os argumentos a favor e contra a criminalização da maconha sob uma perspectiva

constitucional, destacando a necessidade de uma revisão das políticas vigentes em busca de uma abordagem mais justa e eficaz para lidar com o uso e o comércio dessa substância.

3.1 O movimento em direção à inconstitucionalidade da criminalização

O debate sobre a criminalização da maconha levanta questões complexas sobre políticas de drogas, saúde pública e princípios constitucionais. Alguns argumentam que as leis que proíbem a maconha são inconstitucionais devido aos seus impactos negativos, como encarceramento em massa e violação dos direitos individuais. Este ensaio explora os argumentos a favor e contra a criminalização da maconha sob uma perspectiva constitucional, buscando entender o movimento em direção à sua inconstitucionalidade.

O discurso oficial é que a lei de drogas procura tutelar a saúde pública quando criminaliza o usuário. Isso está em qualquer manual a respeito do tema pois há sido transmitido no sentido de que o indivíduo que usa sua liberdade para se drogar relacionado à saúde público, na medida em que terá de se submeter a atendimento/tratamento médico custeado pelo Estado. (Basilio, 2022).

No entanto, a maconha é quase 144 vezes menos mortal do que o álcool, de acordo com uma pesquisa publicada na revista científica *Scientific Reports*. Das sete drogas incluídas no estudo, o álcool foi considerado a mais perigosa em nível individual, seguido pela heroína, cocaína, tabaco, ecstasy, metanfetamina e maconha. (Lachenmeier, 2015)

Em relatório do Ministério da Saúde acerca das estatísticas do SUS revela um dado assustador e intrigante. Do total de gastos no SUS relacionados às drogas (lícitas e ilícitas), 87,90% são por bebida alcoólica. O restante dos atendimentos consta da rubrica: "outras drogas". (Costa, 2003, p. 19.).

Os dados claramente indicam que o álcool tem um papel significativo, representando quase 90% do impacto das drogas na saúde pública. Diante desse cenário, é pertinente questionar qual é a justificativa para a proibição da maconha, enquanto o álcool permanece legalizado. Se a base para a criminalização das drogas é a proteção da saúde

pública, é crucial analisar e reavaliar as políticas em vigor, buscando consistência e coerência na abordagem regulatória.

O direito penal, entretanto, como última *ratio* do ordenamento jurídico, não deve impor às pessoas criminalização de conduta que não afete realmente o bem jurídico que se pretende tutelar, *in casu* a saúde pública, pois do contrário seria, como reprova o mestre Assis Toledo, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. (Toledo, 1994).

O princípio da lesividade, extraído do art. 98, I da Constituição Federal, determina que não se pode punir condutas quando o bem jurídico alegadamente tutelado não está sob afetação. Esse princípio também impede a punição de atos que tenham consequências restritas à esfera íntima do indivíduo, conforme afirma Rogério Greco: "O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois que não excedem ao âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a autolesão ou mesmo a tentativa de suicídio". (Greco, 2007, sp.)

Nesse contexto, a criminalização do uso de maconha, considerada uma droga leve, fere o princípio constitucional da igualdade, uma vez que o usuário é submetido à persecução penal, enquanto o alcoólatra, cuja conduta é mais nociva do ponto de vista médico, não é criminalizado.

Ademais, a Constituição Federal (Brasil, 1988) garante a livre manifestação do pensamento a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, nos moldes do art. 5 VI e X. O indivíduo que decide usar drogas age no espaço aberto pela Constituição, assim como aquele que bebe cerveja em um bar, revelando ser atentatória a criminalização dessa opção, que está inserida em sua liberdade garantida pelo texto maior.

Portanto, a criminalização do uso de drogas, especialmente de substâncias consideradas leves, como a maconha, é questionável à luz do princípio da lesividade, da igualdade e dos direitos individuais consagrados na Constituição Federal. Essa abordagem sugere a necessidade de uma revisão da política de drogas para garantir a proteção dos direitos fundamentais e a igualdade perante a lei.

Neste sentido, o seguinte aresto do TJSP:

O art. 28 da lei 11.343/06 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direito Humanos ratificados pelo Brasil. (Brasil, 2008)

Diante da complexa questão da criminalização da maconha, sob o escrutínio das esferas constitucional, ética e jurídica, somos levados a refletir sobre os fundamentos que sustentam tal posicionamento. Por que, em um cenário onde o álcool é amplamente aceito, a maconha permanece ilegal? Esta indagação não apenas lança luz sobre a aparente incoerência das políticas regulatórias, mas também nos confronta com questões mais profundas relacionadas aos direitos individuais, à igualdade e à dignidade humana.

As decisões judiciais, como aquela proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que questionam a sustentabilidade jurídico-penal da criminalização do porte de entorpecentes para uso próprio, evidenciam uma crescente consciência sobre a incongruência entre a lei e os valores essenciais da sociedade. A criminalização da maconha não só viola direitos individuais e a privacidade, mas também mina os princípios mais básicos de igualdade perante a lei e respeito à dignidade humana, consagrados não só na Constituição, mas também em tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em face dessas considerações, torna-se imperativo realizar uma profunda reflexão sobre a coerência e consistência das políticas regulatórias. Urge buscar um equilíbrio justo entre a preservação da saúde pública e a garantia da liberdade individual. Nesse sentido, é necessário reavaliar e reformar as abordagens atuais em relação à maconha, substituindo o paradigma de criminalização por estratégias que priorizem a educação, a prevenção e a redução de danos. Somente assim poderemos construir uma sociedade mais justa, equitativa e compassiva.

3.1 Direito à intimidade e à vida privada

A Constituição Brasileira de 1988 garante uma série de direitos individuais fundamentais, os quais são essenciais para o funcionamento de uma sociedade democrática. Entre esses direitos, destacam-se a liberdade de expressão e o direito à privacidade, os quais têm sido frequentemente debatidos no contexto da criminalização da *cannabis* no Brasil.

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 (Brasil, 1988).

A liberdade de expressão, consagrada no artigo 5º da Constituição, assegura a todos os cidadãos o direito de manifestar seus pensamentos e opiniões, seja de forma verbal, escrita, artística ou por outros meios. No entanto, a criminalização da *cannabis* pode limitar essa liberdade, uma vez que os usuários enfrentam o receio de expressar suas opiniões sobre o tema devido ao estigma social e ao medo de represálias legais. Além disso, a repressão ao uso da maconha muitas vezes envolve a censura de informações e debates relacionados à sua legalização, o que pode minar ainda mais a liberdade de expressão.

Isso ficou evidenciado quando, em 2008, várias ações foram promovidas por diferentes Ministérios Públicos pelo Brasil, dando início à prática de proibição das marchas da maconha no país. Como explicitado a seguir na transcrição da petição de ADPF 187:

As notícias veiculadas pelo site supracitado são propaladas por pessoas que desejam convencer e incrementar a legalidade do uso indevido de droga (induzir e instigar) Inilvidivelmente a prática infracional quando se lê o cordel da maconha, bem como ao clicar em links-marcha pela liberação da droga em João Pessoa chega-se à página escrita em letras maiusculas FUME MACONHA, acompanhadas da oração pode fumar, depois que começo a fumar eu comecei a ver as coisas de outro ângulo....

Evidente, portanto, que os autores do site afirmam, em síntese, que a maconha faz bem à saúde, ao raciocínio, daí verdadeiro estímulo ao seu uso, restando configurado destarte, o crime previsto no art. 33 par 2ndo, da lei 11.343-06. Não se quer aqui cogitar proibição da liberdade de expressão, vez que, considerando o princípio da proporcionalidade e de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, razoável limitar o direito à expressão quando esse direito esbarra em uma liberdade pública de alta relevância para os interesses sociais. Imaginar que se possa induzir e instigar crime contra a saúde pública como forma de liberdade de expressar significa decretar a anarquia no país e usurpar a ordem jurídica e os interesses sociais da não. Portanto, considerando que nenhuma liberdade

pública é absoluta, a Corte Excelsa, em alguns julgados vem aplicando o primado da proporcionalidade no sentido de procurar garantir e proteger os interesses de maior relevância social. (...) E válido salientar que os autores do site criminoso se escondem por trás da tecnologia avançada, que impede, de imediato, saber o que são e o que realmente querem, daí a existência de fortes indícios, quiçá sejam patrocinados por traficantes de drogas que a eles só interessa auferir lucro fácil e generoso à mercê da miséria e da debilidade da saúde pública do povo brasileiro. (MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAIBA APUD ADPF 187, STF, DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, 2009). (Brasil, 2009)

No Poder Judiciário, as diversas interpretações atribuídas ao tema causaram situações polêmicas. A saber, todos os episódios da marcha da Maconha em São Paulo, por exemplo, antes da decisão²² do STF, acabaram assim:

A Tropa de Choque seguiu atrás do grupo ao longo de todo o trajeto, disparando balas de borracha, bombas de efeito moral, gás lacrimogêneo e gás pimenta contra a multidão. Entre os presos, um dos organizadores da marcha, Julio Delmanto, que foi detido por ordem do capitão Del Vecchio. Ao ver o Choque marchar, Delmanto tentou conversar com o capitão, argumentando se era repressão era necessária. Em resposta, o policial lhe deu voz de prisão. (Abos, 2011, sp)

Já o direito à privacidade, também previsto no artigo 5º da Constituição, garante a proteção da vida privada e íntima dos cidadãos contra interferências indevidas do Estado ou de terceiros. No entanto, a criminalização da *cannabis* frequentemente resulta em violações desse direito, uma vez que as autoridades podem realizar buscas e apreensões em residências e espaços privados com o objetivo de reprimir o uso e o comércio da droga. Essas medidas invasivas não apenas violam a privacidade dos indivíduos, mas também contribuem para um clima de desconfiança e insegurança em relação ao Estado.

Além disso, é importante destacar que a criminalização da *cannabis* afeta de maneira desproporcional grupos sociais marginalizados, como jovens negros e moradores de comunidades de baixa renda, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) (Brasil, 2017) setenta e quatro por cento do número de presos são negros e 45% não concluíram o ensino fundamental, sendo 26% enquadrados na Lei de Drogas. Isso evidencia não apenas uma violação dos direitos individuais, mas também uma perpetuação das desigualdades sociais e raciais presentes na sociedade brasileira.

²²Em decisão unânime (8 votos), o STF liberou a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”, que reúnem manifestantes favoráveis à descriminalização da droga. ADPF 187.

Em suma, a criminalização da *cannabis* no Brasil representa não apenas uma questão de saúde pública e segurança, mas também uma ameaça aos direitos individuais garantidos pela Constituição. A promoção da liberdade de expressão e do direito à privacidade requer uma revisão das políticas de drogas do país, buscando alternativas que respeitem os direitos humanos e promovam uma abordagem mais justa e eficaz para lidar com o uso e o comércio da *cannabis*.

3.2 Benefícios da descriminalização no contexto brasileiro (conclusão e implicações para o Brasil)

A discussão em torno da legalização da maconha tem permeado os debates políticos, sociais e científicos em diversas partes do mundo. O crescente reconhecimento dos potenciais benefícios, tanto médicos quanto sociais, associados à descriminalização da *cannabis* tem gerado um movimento em direção a políticas mais progressistas em relação ao seu uso e distribuição.

Segundo Sírtoli et al. (2019), a legalização da maconha traz mais benefícios do que malefícios, uma vez que não há evidências de danos causados e algumas de suas substâncias possuem benefícios médicos comprovados. A sociedade tem mostrado uma evolução na aceitação da descriminalização, indicando uma diminuição do preconceito. A legalização não significa a liberação irrestrita da droga, mas a possibilidade de estabelecer leis para regular o seu consumo. Os recursos gastos na ineficaz "guerra contra as drogas" poderiam ser direcionados para campanhas educativas, visando informar sobre os perigos do uso de drogas, especialmente para crianças e adolescentes. Acreditar que a repressão policial resolverá o problema é uma visão ingênua e equivalente a ignorar a realidade.

Nesse sentido, destacamos a influência de jogos de poder no processo de criminalização da maconha que visavam a estabelecer um controle racista e biopolítico sobre os hábitos da população. Atualmente observamos, contudo, um movimento que tensiona esse processo: a percepção do potencial terapêutico da maconha e sua recepção pelo discurso médico. Tem destaque nessa constatação de significativo impacto nos

discursos médicos e jurídicos a luta dos movimentos sociais na defesa dos Direitos Humanos e para o acesso aos tratamentos à base da planta.

A descriminalização diminuiria o número de prisões relacionadas ao porte e uso pessoal de *cannabis*, aliviando a superlotação do sistema carcerário. Considerando que boa parte da superpopulação carcerária está cumprindo a pena pelo fato de envolvimento com as drogas, algumas pessoas e até doutrinadores defendem a descriminalização das drogas, o que seria decisivo para a redução, num primeiro momento, pelo menos, para a redução da população carcerária. Tanto isso é verdade que o tema tem sido pauta de discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Ministro Fachin ouve especialistas sobre processo que discute porte de drogas para consumo pessoal - 02/09/2015 - O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), está ouvindo especialistas sobre a questão da descriminalização das drogas, dentre eles, autoridades das áreas médica e jurídica. O ministro pediu vista, no dia 20 de agosto, dos autos do Recurso Extraordinário (RE) 635659, processo que teve repercussão geral reconhecida e no qual se decidirá a descriminalização ou não do porte de drogas para uso pessoal. Nesta quarta-feira (2), o ministro debateu o tema com o jurista Luís Filipe Maksoud Greco, especialista em Direito Penal, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e com mestrado e doutorado em Direito pela Ludwig Maximilians Universität, de Munique, Alemanha. Antes do pedido de vista do ministro Fachin, o relator do processo, Gilmar Mendes, votou pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que tipifica como crime o porte de drogas para consumo próprio. O ministro Fachin devolveu o RE 635659 para continuidade do julgamento no último dia 31, cumprindo o prazo regimental de duas sessões ordinárias para pedido de vista, cabendo agora apenas a inclusão da matéria na pauta do Plenário. (Brasil, 2015)

Não se trata de um movimento isolado, pois há essa discussão e no próprio STF, temas relacionados às drogas têm sido constantes nos últimos anos.

A vista disso, o sistema penal gera mais danos que o próprio consumo da substância, gastando somas exorbitantes para a manutenção de um sistema falho, em que não diferencia o usuário do traficante.

Ademais, os argumentos a favor da legalização apontam alguns benefícios, como: a diminuição da violência, o enfraquecimento do tráfico, a arrecadação de impostos sobre o produto, além de suas importantes propriedades medicinais (Tiba, 1998; Robison, 1999).

Os movimentos pró-legalização da maconha acreditam que, com a venda, o cultivo e a industrialização legal da planta enfraqueceriam o tráfico. Além disso, com sua venda

legal, os usuários não iriam correr o risco de envolver-se com traficantes e procurariam um jeito mais viável para comprá-la (Araújo, 2014).

Outro importante objetivo está na redução da população carcerária brasileira, pois o Brasil é um dos países com os maiores números de detentos condenados por tráfico de drogas, o que, como já visto, acarreta grandes gastos para os cofres públicos em função das despesas que se têm com a manutenção do preso (Araújo, 2014).

Outro aspecto a ser considerado é a arrecadação de impostos gerada pela legalização da venda de maconha no país, entre os diversos benefícios decorrentes. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, nos estados onde é permitida a comercialização da maconha, arrecadam-se milhões de dólares pelas vendas da maconha, dinheiro que é investido em outros setores, como: saúde, educação, lazer etc. (Araújo, 2014). Caso a maconha fosse legalizada no Brasil, o mercado da droga movimentaria até 6 bilhões de reais por ano, valor divulgado pela Consultoria legislativa da Câmara dos Deputados, a pedido do deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ) (Chagas, 2015)

Com isso, seria possível, se implementado no Brasil, abrir as portas para a diversificação dos cultivos na agricultura familiar brasileira, colaborando para resolver um problema atual, onde pequenos agricultores enfrentam dificuldades para encontrar alternativas de cultivo rentáveis e sustentáveis e com a possibilidade de cultivar maconha de forma regulamentada, esses agricultores teriam a chance de explorar um novo mercado, diversificando sua produção e, consequentemente, aumentando suas fontes de renda.

A legalização da maconha não só promoveria a diversificação dos cultivos, mas também geraria uma demanda por mão de obra adicional, desde o plantio e cultivo até a colheita, processamento e embalagem.

CONCLUSÃO

Com base na análise apresentada, pode-se concluir que a desriminalização e legalização do uso da *cannabis* apresenta um grande potencial para mitigar problemas sociais e econômicos relacionados à "guerra às drogas" no Brasil. As experiências internacionais, como do Uruguai e do Colorado, EUA, demonstram que essas políticas podem reduzir o tráfico de drogas, a superlotação carcerária e os gastos públicos, além de gerar empregos e receitas significativas. Ao mesmo tempo, elas priorizam a saúde pública e a redução de danos, em vez da abordagem repressiva. No contexto brasileiro, argumenta-se que a criminalização do uso de drogas viola princípios constitucionais, como a liberdade de expressão e a intimidação. Além disso, os altos índices de encarceramento, com predominância de indivíduos pardos e negros, evidenciam a ineficácia e o caráter discriminatório das políticas atuais.

Portanto, conclui-se que é fundamental explorar alternativas às abordagens repressivas, com foco na promoção da saúde pública, no respeito aos direitos individuais e na mitigação dos problemas sociais e econômicos relacionados ao tráfico de drogas. Nesse sentido, as experiências internacionais podem servir de referência para o desenvolvimento de políticas públicas mais equilibradas e eficazes no Brasil.

DECRIMINALIZATION AND LEGALIZATION OF *CANNABIS*: INTERNATIONAL EXPERIENCES AND PERSPECTIVES FOR BRAZIL

ABSTRACT

The work presents a comprehensive analysis on the decriminalization and legalization of *cannabis* use, exploring international experiences and perspectives for Brazil. The research highlights that the implementation of decriminalization has the potential to mitigate drug trafficking and prison overcrowding, where there is a predominance of brown and black individuals. The connection between socioeconomic marginalization and the illegal drug trade is evidenced. The experiences of Uruguay and Colorado, USA, are analyzed. In Uruguay, regulation aimed to protect public health, discourage trafficking, and improve product quality. In Colorado, legalization generated jobs, significant revenue, and reduced *cannabis*-related arrests. In Brazil, it is argued that the criminalization of drug use violates constitutional principles such as freedom of expression and harm. The research concludes that it is essential to explore alternatives to repressive approaches, focusing on harm reduction and the promotion of public health, as seen in other countries.

Keywords: Decriminalization. Legalization. Public policies. Harm reduction.

REFERÊNCIAS

ABOS, Marcia. Após violência na marcha da maconha, dois policiais são afastados, diz PM. O Globo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/apos-violencia-na-marcha-da-maconha-dois-policiais-sao-afastados-diz-pm-2765994>>. Acesso em 4 jan. 2024.

ARAÚJO, Tarso. Almanaque das Drogas. 2^a ed. São Paulo: Leya, 2014.

ARCVIEW GROUP. Market research. The state of legal marijuana markets. 5^a ed. San Francisco: The Arcview Group; 2016. Disponível em: <<https://arcviewgroup.com/wp-content/uploads/2021/12/Arcview-Market-Research-State-of-the-Legal-Cannabis-Markets-5th-Edition.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BALLOTA, Danilo; SOUZA, Gonçalo Felgueiras: *Cannabis*, uma substância sob controle permanente. Revista Toxicodependências. Edição IDT, v. 11.1, 2005.

BASILIO, Adriene Jayme. A guerra contra as drogas e a superlotação carcerária no Brasil. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4527/1/A%20GUERRA%20CONTRA%20AS%20DROGAS%20E%20A%20SUPERLOTA%C3%87%C3%83O%20CARCER%C3%81RIA%20NO%20BRASIL.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BASTOS, Hugo Bertha. A regulação da *cannabis* no Uruguai: um estudo de caso. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, 2018. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8404/1/HBBastos.pdf.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2024.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/8087078/Drogas_e_C%C3%A1rcere_2014_Cole%C3%A7%C3%A3o_Monografias_IBCCrim>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BOITEUX, Luciana. O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, Sisnad. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Seção 1, p. 1. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 02 abr. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Fachin ouve especialistas sobre processo que discute porte de drogas para consumo pessoal. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298920&o ri=1>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0011135633. 6^a Câmara Criminal. Relator: José Henrique Rodrigues Torres. Julgado em 31/03/2008.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID). São Paulo, nov./dez., 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC/?lang=pt>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

CARVALHO, S. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CBDD. Comissão brasileira sobre drogas e democracia. Políticas de Drogas: Novas práticas pelo mundo. Rio de Janeiro – Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.cbdd.org.br/>>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CHAGAS, T. Projeto de legalização da maconha de Jean Wyllys é arquivado; Deputado tenta reverter decisão 2015. Disponível em: <<https://noticias.gospelmais.com.br/projetolegalizacaomaconha-jean-wyllys-arquivado-74259.html>>. Acesso em: 21 fev. 2024.

COLORADO. Emenda Constitucional nº 64 do artigo XVIII da Constituição do Colorado. Disponível em: <<https://www.sos.state.co.us/CCR/GenerateRulePdf.do?ruleVersionId=9900>>. Acesso em: 01 abr. 2024.

COSTA, Humberto. A política do ministério da saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas. bvsms.saude, Brasília, 2003. Disponível em: <gov.br/publicações/pns_alcool_drogas.pdf>. Acesso em: 9 abr. de 2024.

DEPARTAMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO COLORADO. Marijuana Legalization in Colorado: Early Findings. Disponível em: <<http://cdpsdocs.state.co.us/ors/docs/reports/2016-SB13-283-Rpt.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2024.

DEPEN. Departamento penitenciário nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2024.

DIOGO, Simionato Alves. Legalização e descriminalização da maconha. 2016. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/9076245-Legalizacao-e-descriminalizacaoda-maconha.html>>. Acesso em: 9 abr. 2024.

DÓRIA, José Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício In: BRASIL. Ministério da Saúde. Serviço Nacional de Educação Sanitária. Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros. 2^aed. Rio de Janeiro: Serviço nacional de educação sanitária, 1958.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 5^a edição. Belo Horizonte: Impetus, 2007.

GRUND, J. P.; BREEKSEMA, J. Coffee shops and compromise: separated illicit drug markets in the Netherlands. Open Society Foundation, 2013. Disponível em: <<https://repub.eur.nl/pub/50745/Coffee-Shops-and-Compromise-final.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2024.

IHRA - international harm reduction association. O que é redução de danos? Uma posição oficial da Associação Internacional de Redução de Danos. Londres: IHRA, 2010. Disponível em: <https://www.hri.global/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2024.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Monitoramento dos efeitos da nova política uruguaia de regulação do mercado de *cannabis* sobre a zona de fronteira:

vitimização e percepção social em políticas sobre drogas na fronteira brasileira com o Uruguai. Brasília, 2017. Disponível em:
<<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9905>>. Acesso em 10 abr. 2024.

KILMER, Beau, 2013, DRUGS: The 10 P's of Marijuana Legalization. Berkeley Review of Latin American Studies, (Online). California, Universidade da California. Disponível em:<<http://clas.berkeley.edu/research/drugs-10-ps-marijuana-legalization>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

LACHENMEIER, Dirk. W. Álcool é 114 vezes mais letal que maconha, diz estudo. DW, Brasil, 24 de fev. de 2015. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/%C3%A1lcool-%C3%A9-114-vezes-mais-lethal-que-maconha-diz-estudo/a-18277169>>. Acesso em: 4 mai. 2024.

LIGHT, Miles. et al. The Economic Impact of Marijuana Legalization in Colorado. Marijuana Policy Group. Outubro de 2016. Disponível em:<<http://www.mjpolicygroup.com/pubs MPG%20Impact%20of%20Marijuana%20on%20Colorado-Final.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

OLIVEIRA, Paulo Gustavo Faria de. Proibicionismo da *Cannabis* no Brasil e a falência da Política Nacional de Drogas. Monografia (Bacharel em Direito). Trabalho de (conclusão de curso) em Direito, Faculdade Facmais, Inhumas, 2022. Disponível em:<<http://65.108.49.104/bitstream/123456789/641/2/TCC%20Paulo%20Gustavo%20Faria%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

PAIVA, Fernando Santana de; MENDES, Kíssila Teixeira; RONZANI, Telmo Mota. População em situação de rua, vulnerabilidades e drogas: uma revisão sistemática. Revista Psicologia e Saúde. Belo Horizonte, v. 31. sn. 2019. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822019000100239&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2024.

RAMSEY, Geoff. With Seeds Planted, *Cannabis* Sales in Uruguay Could Start in Late 2016. WOLA. Março de 2016. Disponível em: <<https://www.wola.org/analysis/withseeds-planted-cannabis-sales-in-uruguay-could-start-in-late-2016/>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

REPERGER, Simone. Neue Wege in der Drogenpolitik: Das Laboratorium Uruguay. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung Referat Lateinamerika und Karibik, 2014. Disponível em:<<http://library.fes.de/pdf-files/iez/10950.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

ROBINSON, Melia. This South American country has decriminalized all drugs for 40 years. Business Insider. Junho de 2016. Disponível em:

<<http://www.businessinsider.com/uruguay-has-decriminalized-all-drugs-for-40-years2016-6>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

RODRIGUES, Pedro. A riqueza produzida pelo narcotráfico: um estudo sobre a produção de valor no mercado das drogas ilícitas. Dissertação de Mestrado – Programa de pós-graduação em Serviço Social, UFJF, Juiz de Fora, p. 163, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/14116/1/pedrodeoliveirarodrigues.pdf>>
Acesso em: 2 mai. 2024.

SANJURJO, Diego. A regulação do mercado de maconha no Uruguai: resultados e projeções. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2016. Disponível em:
<http://www.clp.org.br>Show/Artigo--A-regulacao-do-mercado-de-maconha-noUruguai?_=YBmQ4ASSacfW9NsM0bFPxw==>. Acesso em: 27 abr. 2024.

TIBA, I. Saiba mais sobre maconha e jovens: um guia para leigos e interessados no assunto. 4^a ed. Ver. Ampl. São Paulo: Ágora, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5^a edição. São Paulo. Saraiva. 1994.

UNODC. United nations office on drugs and crime. UNODC Annual Report 2018. Vienna: United Nations, 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/AnnualReport/Annual-Report_2018.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2024.

URUGUAI. Lei nº 19.172, de 20 de dezembro de 2013. Regulamenta e controla o mercado de *cannabis* e seus derivados. Montevidéu, 2013. Disponível em:
<<https://www impo com uy/bases/leyes/19172-2013>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

URUGUAY. Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Ley nº 18.987, de 06 may. 2014. Reglamentación de la Marihuana. Montevideo: Ministerio de salud pública, 2014.

WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3^a ed. SI: Renavan, 31 dez. 1969.

ENTREGA VOLUNTÁRIA: PARTO ANÔNIMO E SEUS IMPACTOS NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

Isabella Raila Aquino da Siqueira²³

Thalyta Silva Lacerda²⁴

Simone de Fátima Silva²⁵

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar e explorar no contexto jurídico, o instituto do parto anônimo e seus impactos no âmbito jurídico brasileiro, sendo regulamentado pela Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017. O referido dispositivo busca reduzir ocorrências de aborto, infanticídio, abandono de crianças por suas mães, bem como adoções ilegais, como o caso da adoção à brasileira. A discussão central é se o anonimato da genitora, protegido por essa lei, viola o direito do nascituro em conhecer suas origens biológicas ou se reforça a promoção da supremacia do direito à vida da criança. Para entender melhor a relevância desse instituto, é fundamental investigar sua evolução histórica em diferentes sociedades, sobretudo aquelas que moldaram a implementação dessa lei no contexto brasileiro. Assim, destaca-se a importância de equilibrar o sigilo e os direitos individuais do nascituro, assegurando que o direito mais fundamental, o direito à vida, seja preservado. A metodologia deste estudo se baseia na pesquisa qualitativa sob a abordagem dedutiva em fontes bibliográficas, indispensáveis para ampliar e aprofundar o entendimento desse tema de grande relevância no âmbito jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Parto. Anonimato. Direitos Individuais. Princípios.

INTRODUÇÃO

Partindo do tema e sua delimitação, o trabalho em questão possui o intuito de analisar e compreender minuciosamente o Instituto do Parto Anônimo e como seria realizado o procedimento da entrega voluntária do infante para a adoção de forma que permanecesse o anonimato da genitora, sendo esse um direito resguardado pela Lei 13.509/2017, bem como discorrer os impactos que podem ocorrer no que se refere à

²³ Estudante do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail:isabellaraila2017@gmail.com

²⁴ Estudante do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: thalytasilvalacerda10@gmail.com

²⁵ Advogada. Professora Orientadora da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail:viajuridica.br@gmail.com

violação e promoção dos direitos da criança. O tema aborda princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana e a supremacia do direito à vida, respaldados na Constituição Federal Brasileira, com o enfoque no Direito de Família e nos direitos da criança protegida pelo ECA. A pesquisa tem como objetivo enriquecer o campo do conhecimento jurídico acerca do Parto Anônimo, um tema contemporâneo de grande relevância que envolve questões fundamentais relacionadas aos direitos da criança, que estão presentes no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No mais, visa discorrer sobre a origem biológica, no sentido de compreender e avaliar se esse procedimento impede o nascituro de conhecer sua identidade e família paterna ematerna, ou se garante o direito à vida.

Analizar a eficácia das leis e políticas relacionadas a essa prática é fundamental para aprimorar o sistema legal e garantir a proteção adequada dos direitos da criança e a dignidade da pessoa humana como traz a Carta Magna.

Por outro lado, é imperioso ressaltar que o estudo aprofundado do tema do Parto Anônimo desempenha um papel crucial na redução de casos de crimes cometidos pela genitora como abandono, infanticídio e aborto, contribuindo para a promoção do direito à vida que é o maior bem tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é essencial encontrar um equilíbrio entre o direito ao sigilo da genitora e aos direitos de personalidade do nascituro, de forma que prevaleça o direito à vida.

Realiza também um estudo comparativo internacional para identificar boas práticas em outros ordenamentos jurídicos relacionadas ao Instituto do Parto Anônimo, mantendo sempre o foco na regulamentação nacional do parto anônimo, tendo como referência de análise o artigo 19-A previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) feita pela Lei nº 13.509 de 2017.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PARTO ANÔNIMO

1.1 Surgimento da Roda dos Expostos na Europa: contexto histórico do parto anônimo

Em que pese o instituto do parto anônimo ser recente, sua origem remonta à roda dos expostos criada na Idade Média, pioneiramente na França e na Itália, como mecanismo atenuante do número de crianças que apareciam mortas ou em condições de abandono inadequadas à sobrevivência, que estavam aumentando cada vez mais. (Albuquerque, 2008 *apud* Almeida, 2011)

Conforme sustenta Scarpim (2022), na época o abandono de recém-nascidos era permitido e lamentavelmente bastante frequente. Havia diversos motivos pelos quais os pais rejeitavam seus filhos, como questões econômicas, presença de más formações físicas, gestações decorrentes de violência, relações extraconjugais ou ilícitas, como o incesto.

Isso ocorria porque a igreja possuía forte influência sob a sociedade, sendo muito respeitada. Assim, os filhos que não fossem fruto do casamento eram mal vistos pela sociedade, sendo chamado na época como filhos “bastardos”.

Nesse viés, o autor Clóvis Bevilaqua (1976, p.17) destaca: “[...] a família não é resultado apenas de um fato natural, recebendo influências culturais dos povos, sendo moldadade acordo com aspectos religiosos, culturais e sociais”.

Nessa dura realidade da época, durante o período medieval, foi quando a igreja sentiu essa necessidade de lidar com o número de casos de abandonos de recém-nascidos, muitas vezes resultando em tragédia de morte de crianças. Dessa forma, deu-se início ao processo de estabelecimento das chamadas Rodas dos Expostos, também conhecidas como Rodas dos Enjeitados. (Oliveira, 2011)

Seu principal objetivo consistia em encontrar um lar para as crianças que eram rejeitadas por suas genitoras que, por algum motivo recusavam o exercício da maternidade. Outrossim, eram colocadas em uma roda de madeira sendo giradas para o exterior do hospital, a fim de serem acolhidas por outra família. Ato contínuo era tocada uma sineta para avisar o abandono de uma nova criança e a genitora, de maneira discreta, retirava-se do local sem ter sua identidade revelada. (Marcílio, 2016)

É importante destacar que, naquela época, a roda não foi mal vista, posto que foi

realizada com um intuito positivo, sendo considerada um gesto de solidariedade para o próximo, bem como apresentou-se como a primeira iniciativa pública de atendimento à criança, ante as histórias de abandono.

Essa perspectiva foi gradualmente alterada ao longo do tempo, teoricamente culminando em sua extinção posteriormente. No entanto, essa prática não foi eliminada de forma eficaz, sendo apenas modificada com o passar do tempo para se adequar ao novo paradigma social, transformando-se no que conhecemos atualmente como instituto do parto anônimo.

Nesse contexto, Fonseca (2009, online), em seu artigo "Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de parto anônimo. Sexualidade, Saúde, Sociedade", aborda esse tema, conforme podemos observar em um trecho em que destaca:

As rodas nas Santas Casas francesas tinham fechado já no final do século XIX. Foram gradativamente substituídas por um procedimento considerado mais civilizado, conhecido desde a época napoleônica, que estipulava o direito de uma mulher parirem qualquer estabelecimento público sem ser identificada.

Importante frisar fatores relevantes que levaram ao desuso da roda dos enjeitados, que ocorreu primordialmente por uma incapacidade econômica dos orfanatos para gerenciar um volume tão expressivo de crianças. Além do mais, contribuíram ainda a elevada taxa de mortalidade infantil, as condições insalubres e precárias dos hospitais e das Santas Casas, a ausência de alimentação adequada, a proliferação de doença e a confirmação das autoridades de que a roda facilitava demais o descarte das crianças. (Scarpim, 2022)

O primeiro território italiano a abolir a roda foi Ferrara, em 1867, seguida por Brescia em 1871. Todas as rodas foram oficialmente extintas em 1923, por meio do regulamento geral para o serviço de assistência aos expostos do primeiro governo de Mussolini. (Scarpim, 2022)

No que tange ao contexto brasileiro, introduzida pelos colonizadores portugueses, notadamente por meio da infame Roda dos Enjeitados, a prática do parto

anônimo consiste em entregar os filhos de forma sigilosa para sociedade, mas com o conhecimento do Poder Judiciário, de acordo com o direito posto. Ao longo do tempo, foi semelhante ao que ocorreu na Europa, essa prática evoluiu constantemente até a regulamentação do conceito de Parto Anônimo.

1.2 A origem da Roda dos Expostos no Brasil

Conforme sustenta Marcílio (2016), a roda dos expostos foi uma instituição estabelecida durante a época colonial e desempenhou um papel significativo, visto que, por quase um século e meio, representou praticamente a única forma de assistência para crianças abandonadas de forma desamparada no Brasil.

Segundo a análise de Melo (2020, p. 20): "Essa teria sido a primeira iniciativa pública para abrigar crianças abandonadas pelos pais em território brasileiro, garantindo dignidade ao recém-nascido, num período em que o contexto social era bem diferente dos dias atuais, permeado de preconceitos e discriminações."

Dessa forma, destaca-se que, assim como na Europa, o objetivo primordial do sistema das rodas dos expostos, era prevenir o infanticídio, o aborto e os abandonos em situações trágicas.

De acordo com Arantes (2020) no Brasil, as primeiras ações de assistência aos recém-nascidos, inspiradas no modelo de Portugal, foram estabelecidas por meio da implementação das rodas dos expostos em hospitais das Misericórdias ou em edifícios adjuntos. No século XVIII, foram estabelecidas três Rodas no Brasil: em Salvador (1726), no Rio de Janeiro (1738) e em Recife (1789), enquanto as demais surgiram durante o século XIX.

A princípio, no Brasil, conforme expõe Madaleno (2020), as crianças abandonadas dependeram da caridade de famílias, caso contrário, morreriam pelo desamparo, só vindo a sobreviver à roda dos expostos quando assumidas pelas Santas Casas de Misericórdia, com a política da filantropia social no lugar da assistência por caridade.

Em pensamento contrário, Oliveira (2011) defende a desativação das rodas dos

enjeitados ao expor que não oferecia às crianças uma vida digna, seja mediante a utilização deténcias adequadas em suas próprias dependências, seja por um controle das mulheres criadeiras ou famílias substitutas que receberam os recém-nascidos, não podendo ter outro destino.

Já no entendimento de Ferreira (2022) as Santas Casas de Misericórdia, sendo instituições filantrópicas mantidas por doações, enfrentavam dificuldades de recursos para garantir cuidados adequados às crianças que ali estavam. Diante disso, optou-se pela desativação da roda, uma vez que não havia condições suficientes para proporcionar uma vida digna a essas crianças, seja pela carência de recursos ou pela falta de supervisão adequada.

Deve-se mencionar que, a promulgação do Código de Menores em 1927, também reconhecido como Código Melo Mattos, representou o encerramento das práticas das rodas dos expostos em todo o território nacional. Contudo, é relevante observar que, em São Paulo perdurou até o ano de 1950. (Silveira, 2016).

Assim, convém destacar que, nos dias atuais, os cuidados das crianças e adolescentes possuem respaldo na Constituição Federal de 1988, no Código Civil e no Estatuto da Criança (Lei 8.069/1990), visto que definem a responsabilidade conjunta da família, sociedade e Estado para priorizar essa proteção, bem como, estabelece o direito à proteção especial, incluindo o incentivo do Poder Público para acolher, por meio da guarda, menores órfãos ou abandonados.

Com o término da prática da roda dos expostos, surgiram alguns projetos de lei que visavam seguir a mesma ideia, porém com uma finalidade mais abrangente. O intuito era oferecer às crianças oportunidades mais amplas para uma vida mais digna. (Lima, 2016)

Nesta senda, o Projeto de Lei nº 2.747/2008, que foi complementado pelos Projetos de Lei nº 2.834/2008 e nº 3.220/2008, receberam destaque ao tentar introduzir no ordenamento jurídico o conceito de parto anônimo.

Entretanto, esses projetos foram arquivados, sendo alegado inconstitucionalidade e

injuridicidade, sob o argumento de que privar a criança abandonada do conhecimento de sua origem seria negar seu direito fundamental à dignidade e ao convívio familiar. Essa análise foi conduzida pelo deputado Luiz Couto, conforme leciona Lima (2016). Todavia, com a promulgação da Lei n. 13.509/2017, que alterou certos aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi introduzido no artigo 19-A a possibilidade de entregavoluntária de crianças ou adolescentes para adoção. Deve-se atenção para a regra constante no § 9º, que dispõe sobre o sigilo sobre o nascimento do filho a requerimento da mãe biológica, desde que respeitado o direito de conhecer sua origem biológica (art. 48 do ECA). (Maciel, 2021)

Por outro viés, deve-se mencionar que, existem vantagens e desvantagens a respeito da introdução do instituto do parto anônimo no Brasil, tendo em vista as indagações existentes, como apontado pela Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude (2008, online), que afirma ser um retrocesso:

[...] a instituição do parto anônimo ofende o direito à identidade enquanto atributo da dignidade de todo ser humano e não contribui em nada para a prevenção de episódios extremos ou cruéis de abandono de recém-nascidos, além de gerar graves retrocessos; por outro lado, o eventual sofrimento psicológico ou moral de mulheres que não desejam ou não se consideram capazes, por qualquer motivo, de manterem consigo os filhos que geraram, poderá ser minimizado através da informação, orientação e defesa de seus direitos, inclusive sociais.

Do mesmo modo, existem doutrinadores que possuem um posicionamento favorável a respeito do parto anônimo, com a visão de que este instituto seja um recurso válido, que possui respaldo na Constituição Federal e que objetiva a promoção do direito à vida.

Portanto, a respeito da lei do parto anônimo, conceitua Moura e Paiva (2019, online) como sendo uma possibilidade de resguardar o direito à vida, à saúde, à integridade física e à convivência familiar e assegurar princípios constitucionais expressos na Constituição Federal, *in verbis*.

O instituto do parto anônimo vem a se relacionar claramente com o princípio do melhor interesse da criança já que o legislador busca uma opção juridicamente legal para remediar a problemática

secular referente ao abandono infantil. Dessa forma se o melhor interesse da criança visa à proteção das garantias fundamentais, sendo que a legalização do parto anônimo vai no mesmo sentido, prevenindo então o abandono clandestino e dando uma segunda chance à criança de encontrar uma família onde possa desenvolver-se conforme os parâmetros esperados por nossos legisladores.

Diante das considerações apresentadas, verifica-se uma variedade de interpretações doutrinárias a respeito do parto anônimo, tornando-se imprescindível o debate acerca dos direitos fundamentais assegurados, bem como os infringidos, pelo procedimento tanto dos genitores, quanto da criança.

1.3. Conceito de Parto Anônimo nos dias atuais

O Instituto do Parto Anônimo encontra-se regulamentado pela Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando o artigo 19-A. Consiste no direito da gestante em ter seu filho de forma anônima, permitindo-lhe manter o sigilo em relação a família paterna ou materna.

Noutras palavras, o parto anônimo permite à mulher dar à luz de forma confidencial, sem a obrigação de revelar sua identidade, possibilitando que a mãe não tenha contato com o recém-nascido, sendo este entregue voluntariamente à adoção após o nascimento.

No entanto, embora seja recente a legislação que institui o parto anônimo, é reconhecido que essa prática guarda semelhanças com a roda dos expostos praticada na Europa durante a Idade Média, com as devidas adaptações e considerações em relação à evolução da sociedade.

Sem dúvida que os fundamentos para a utilização do instituto na atualidade não são os mesmos de outrora, os valores sociais são outros e, portanto os problemas são de outra natureza, mas indubitavelmente restam algumas semelhanças, a exemplo do anonimato e paradoxalmente assegurar a criança o direito à vida, ainda que o preço a pagar seja o do abandono e o desconhecimento de sua origem.

Nesta senda, nas palavras de Freitas (2008), o Parto Anônimo é o direito da mãe em permanecer desconhecida sem qualquer imputação civil ou penal na entrega da

criança para adoção, desde que dentro dos princípios legais, podendo realizar todos os cuidados médicos antes, durante e após o parto.

Assim, percebe-se que este instituto busca garantir o direito da mãe de manter seu anonimato e de não assumir responsabilidades legais, bem como assegurar o direito à vida e à saúde da mulher e da criança.

Por outro ângulo, imprescindível se faz a distinção entre a entrega voluntária, prática autorizada pela legislação brasileira, e o abandono de incapaz, crime previsto no artigo 133 do Código Penal Brasileiro:

Abandono de incapaz

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (Brasil, 1940)

Cabe destacar que as circunstâncias e as motivações por trás de cada ato são diferentes, podendo ser decorrente de um abuso sexual, um relacionamento esporádico, ou mesmo extraconjugal. Independentemente das razões que levaram essa mãe a tomar essa decisão, a lei a protegerá e fornecerá todo o suporte necessário, assegurando que o recém-nascido receba os cuidados adequados das instituições ou autoridades competentes, sem revelara identidade da mãe.

Já o abandono de incapaz coloca a vida e a saúde da criança em risco ao deixá-la desamparada, sem os cuidados necessários para sua sobrevivência e bem-estar, sem qualquer intenção de retornar ou proporcionar os cuidados necessários no futuro.

Neste sentido, cumpre destacar que a criminalização da prática do abandono não é o suficiente para evitar ou pelo menos diminuir o número de crianças abandonadas de forma indigna e desumana. A criminalização dessa conduta, consoante assevera Fontana (2009, p. 34) "[...] agrava a situação, pois o medo de ser punida leva a mãe a buscar as maneiras mais clandestinas possíveis de abandonar o filho, deixando a criança em total situação de vulnerabilidade".

Cristalino se faz a importância da instituição da entrega voluntária e a discussão dotema, levando o instituto ao conhecimento da sociedade, posto que tal prática visa mitigar o abandono, a adoção ilegal, os infanticídios, o aborto resguardando o direito à dignidade, à vida e à proteção especial à criança.

Atualmente o instituto do parto anônimo encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro através da entrega voluntária, garantindo de modo mais amplo que o princípio da liberdade seja respeitado assegurando à mãe, autonomia para não criar responsabilidades com o recém-nascido, sem sofrer penalidades impostas pelo Estado, desde que o faça dentro dos rigores das normas vigentes. (Moura; Paiva, 2019)

Considerando a crescente discussão desde a década passada em relação ao instituto do parto anônimo, houve a necessidade da implementação de normas, sendo inclusive propostos alguns projetos de lei, que apesar de serem arquivados, trouxeram acréscimos importantes ao nosso ordenamento.

Como exemplo do aprimoramento legislativo, pode-se citar a lei 13.059 de 2017 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente introduzindo o artigo 19-A, que estabelece o mecanismo de funcionamento do instituto do parto anônimo.

2. INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO (LEI Nº 13.509/2017) E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

2.1. Contexto da lei e últimas alterações legais

No ano de 2008, com o propósito de se implementar o parto anônimo ao nosso sistema jurídico, foram apresentados três projetos de leis, sendo eles: 2.747/08, 2.834/08 e 3.220/08. Embora cada um tivesse suas particularidades, todos tinham como objetivo lidar com o trágico abandono de crianças no Brasil, além de abordar o aborto e o infanticídio, bem como a preservação da saúde da mãe.

Assim, com a finalidade de combater e prevenir o abandono de crianças recém-

nascidas por suas mães, o Deputado Eduardo Valverde propôs o Projeto de Lei nº 2.747/2008. Este projeto visava garantir a todas às mulheres independente de classe, raça, etnia, idade e religião, o direito de receber assistência durante o processo de parto na rede de saúde pública do Sistema Único de Saúde (SUS), preservando sua identidade.

Observa-se em sua justificativa que esse método de "dar à luz" oferece uma oportunidade para mulheres grávidas que enfrentam circunstâncias nas quais não podem ou optam por não criar seus filhos. Essas mulheres recebem atendimento hospitalar gratuito ao longo de toda a gestação, sem a necessidade de revelar sua verdadeira identidade. Sob um nome fictício, elas são cuidadas durante o parto, garantindo todas as condições sanitárias essenciais.

No entanto, um desafio surge em relação à identidade da criança nascida dessa forma, já que ela não recebe uma identificação oficial até ser adotada por uma família. Além disso, a mãe precisa conceder autorização para a adoção, abrindo mão do poder parental e, feita essa decisão, não há margem para arrependimento.

No que tange ao projeto de lei nº 2.834/2008, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra, buscava-se por meio dessa iniciativa, promover alterações no Código Civil acerca da destituição do poder familiar, no caso da genitora que optasse pelo parto anônimo. Através desse projeto, pretendia-se oferecer uma solução legal e eficaz para combater o abandono infantil e proteger as crianças contra situações insalubres.

De acordo com o projeto, a mãe assinaria um termo de responsabilidade e deixaria a criança na maternidade imediatamente após o nascimento. Posteriormente, a direção do hospital tomaria as medidas necessárias para encaminhar a criança à Vara da Infância e da Adolescência, com o propósito de viabilizar sua adoção.

Essa medida garantiria que o recém-nascido estivesse protegido contra quaisquer maus-tratos e situações insalubres estando dentro de uma instituição, sendo um meio de preservar sua vida e saúde.

O instituto do parto anônimo também foi objeto de análise pelo Projeto de Lei nº 3.220/2008, que disponibilizava a seguinte justificativa:

O instituto afasta a clandestinidade do abandono, evitando, consequentemente, as situações indignas nas quais os recém-nascidos são deixados. Há a substituição do abandono pela entrega. A criança é entregue em segurança a hospitais ou unidade de saúde que irão cuidar de sua saúde e em seguida irão encaminhá-la à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta. Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de abrir mão da maternidade sem ser condenada, civil ou penalmente, por sua conduta. (Brasil, 2008)

Portanto, é evidente que o objetivo deste Projeto de Lei era abordar a questão do abandono de recém-nascidos, uma situação que frequentemente terminava em tragédia, e enfatizar a importância de garantir às mulheres a liberdade de escolha em relação à maternidade. No entanto, apesar da boa intenção e pertinência do tema, todos os projetos de lei mencionados foram arquivados no dia 27 de junho de 2011, sob a justificativa de serem inconstitucionais.

Já no ano de 2016, o então Deputado Augusto Coutinho apresentou o Projeto de Lei nº 5.850/2016, que culminou na promulgação da Lei Ordinária nº 13.509/2017. Esta legislação teve como escopo alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, abrangendo questões relacionadas à entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes. (Brasil, 2016)

Deve-se destacar a importância do artigo 19-A na temática do parto anônimo, visto que foi uma inovação introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído por meio da Lei 13.509 de 2017, que possui a seguinte redação: "A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude".

Logo, observa-se que essa inovação possibilita a gestante a entregar o filho de forma sigilosa à adoção, sendo necessário observar todas as exigências previstas no referido artigo, conforme se abordará melhor adiante.

2.2. O procedimento do Parto Anônimo no Brasil

A entrega legal ou voluntária para adoção, conforme delineada no artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, oferece uma alternativa fundamental para mulheres grávidas que se encontram em situações em que não podem ou optam por

não assumir a responsabilidade materna.

Trata-se de uma decisão exclusiva da mãe optar por esse procedimento, em que podem entregar os bebês de forma sigilosa para adoção sem enfrentar penalidades legais, garantindo assim o cuidado adequado e o bem-estar da criança, ao mesmo tempo, respeitando a liberdade de escolha das mães em momentos desafiadores, considerando os aspectos físicos, econômicos e psicológicos do período gestacional e o puerperal.

Neste ínterim, a genitora que optar por tal procedimento deverá dirigir-se aos postos de saúde, hospitais, conselhos tutelares ou quaisquer órgãos da rede de proteção à infância para manifestar seu interesse. Contudo, caso seu companheiro também esteja de acordo, poderá acompanhá-la durante todo o procedimento.

Posteriormente, será encaminhada à Vara da Infância e da Juventude, onde receberá acompanhamento por uma equipe técnica multidisciplinar, composta por profissionais das áreas de assistência social, jurídica e psicológica, a qual elaborará um relatório para a autoridade judiciária conforme preconiza a legislação pertinente.

Quanto ao genitor da criança, a Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, ao instituir o artigo 19-A, estabelece que:

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. (Brasil, 2017)

Dessa forma, constata-se que é prerrogativa da mãe escolher se deseja ou não identificar o genitor da criança. No entanto, caso opte por fazê-lo, o genitor também será ouvido em audiência.

É fundamental ressaltar que, desde o primeiro atendimento, é necessário informar à mãe sobre o direito da criança em conhecer sua origem biológica. Esse direito encontra respaldo no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no

princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Conforme esclarece Digiácomo (2013), trata-se de um direito natural e inerente a todo ser humano, devendo o Estado assegurar o seu exercício.

Verifica-se que, após a audiência se nenhum familiar manifestar interesse de ficar com a criança, ela será cadastrada para adoção, conforme delineado no artigo 19-A §10 do ECA:§ 10. Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento.

De acordo com as diretrizes estabelecidas no manual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito do procedimento da entrega voluntária:

Entregue o relatório da equipe interprofissional, a autoridade judiciária competente poderá encaminhar gestante ou parturiente, desde que haja a sua concordância, à rede pública de saúde para pré-natal, avaliação nutricional, assistência psicológica, tratamento de dependência química, planejamento familiar e/ou assistência social ou outro atendimento especializado que se faça necessário. Na falta de moradia, a mulher deverá ser encaminhada para acolhimento em abrigo público e incluída em programas habitacionais. (CNJ, 2017)

Nesta senda, os genitores que optarem pelo procedimento do parto anônimo receberão amplo apoio e assistência, sendo acompanhados e orientados, desde o primeiro atendimento com a equipe interprofissional até o fim do período puerpério da mulher.

Ademais, conforme estabelecido no parágrafo 5º do artigo 166 do ECA, existe a possibilidade de arrependimento da entrega voluntária até o prazo de 10 (dez) dias, a contar da data da sentença de extinção do poder familiar, para exercer seu direito.

Este dispositivo oferece uma segurança jurídica aos envolvidos no processo de entrega voluntária para adoção, visto que respeita o direito dos genitores de reconsiderar sua decisão dentro do prazo estipulado pela lei.

Na hipótese de desistência da entrega voluntária pelos genitores, será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o nascimento da criança, conforme previsto no parágrafo 8º do artigo 19-A do ECA.

Salienta-se que, caso a mãe não manifeste interesse em ter a criança novamente após período estipulado pela lei, acontecerá a destituição do poder familiar, perdendo totalmente o vínculo com a criança e as informações relacionadas a esta, conforme explicado na entrevista à rádio impressa com a professora universitária Simone Silva.

2.2. Considerações acerca da adoção à brasileira

Insta mencionar que a entrega voluntária também busca evitar a prática da adoção ilegal, também conhecida como “à brasileira”, que consiste em registrar filho alheio em nome próprio, burlando as etapas de uma adoção regular e lícita, bem como a violação aos direitos daqueles que legalmente constam no cadastro regular do SNA (Sistema Nacional de Adoção), seguindo as determinações do ordenamento jurídico pátrio. (Dias, 2015)

Cumpre ressaltar que, os pretensos pais e mães, regularmente inscritos, que ao preencherem os requisitos necessários para a adoção legal, muitas vezes aguardam há anos a espera do tão sonhado filho(a) e se veem frustrados diante da prática ilegal e criminosa da adoção à brasileira

Embora seja muita das vezes legitimada pelo Poder Judiciário pela consolidação do vínculo socioafetivo, construído entre os pais adotantes e o adotado e a proteção do melhor interesse do menor, a adoção à brasileira é legalmente considerada como crime, como tipificado no Código Penal em seu artigo 242.

3. CONSEQUÊNCIAS JURÍCO-SOCIAIS DO PARTO ANÔNIMO

3.1. Analogias dos Direitos Fundamentais

Noutra ótica, imprescindível se faz analisar o parto anônimo em face dos direitos e princípios fundamentais dos recém-nascidos assegurados pela Constituição Federal de 1988, bem como examinar as possíveis colisões que poderão surgir entre direitos

fundamentais, ao setentar implementar esse instituto no Brasil.

Nesse sentido, a entrega voluntária tem como objetivo primordial a proteção da criança e o respeito à decisão da genitora em gerar o filho com o objetivo de entregá-lo posteriormente à uma família, se respalda nos direitos fundamentais frutos da disposição constitucional.

Vale ressaltar que "os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, a qual é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo".
(Sarmento, 2008, p.20)

O parto anônimo encontra respaldo jurídico na Constituição Federal, ao assegurar a dignidade humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, *caput*) e a proteção especial à criança (art. 227), bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ao assegurar a efetivação de políticas públicas relacionadas à educação e ao planejamento familiar que permitem o nascimento e desenvolvimento saudável, em condições dignas de existência (art. 7º).

Ademais, a Carta Magna consagrou o direito ao planejamento familiar em seu art. 226, §7º, dispondo nos seguintes termos:

Art. 226, §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Brasil, 1998)

Para regulamentar esse direito, catalogado constitucionalmente, foi editada a Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), que tem como finalidade proporcionar um atendimento global e integral à saúde da família, de maneira a impedir a formação de entidades familiares que não tenham condições de garantir o seu sustento. (Cariri, 2013)

Cabe ressaltar que o texto constitucional ainda estabeleceu dever a família, a sociedade e o Estado promover a proteção integral à criança, nos termos do artigo 227, sendo posteriormente materializado e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Entretanto, como consequência da tentativa de salvaguarda de todos esses direitos, por vezes, é possível observar a colisão entre eles, a ponto de se fazer necessário o acolhimento do método da ponderação, em que um prevalecerá sobre o outro, sem que este seja excluído totalmente. Esse procedimento é relativo às situações concretas, pois, "não existe hierarquia embasada entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto". (Barroso, 2009, p. 329)

Nesse aparato geral sobre direitos humanos, cabe relatar que o parto anônimo como instituto que visa proteger direitos fundamentais específicos, também enseja conflitos polêmicos referentes à vida da criança e à liberdade da genitora, mencionando também, o direito de convivência familiar e os direitos intimamente ligados à personalidade. (Oliveira, 2011)

Insta salientar que, conforme destaca Ramos (2022), esse direito permitido à genitora, conforme já amplamente discutido, entra em conflito com o direito da criança em conhecer a sua origem biológica, violando também o direito da família paterna ou materna em nunca conhecer o neonato.

Outrossim, faz-se imprescindível o debate acerca da violação do direito de se conhecer a própria origem, já que o recém-nascido fica sem identidade até que encontre uma família substituta.

No contexto brasileiro, apesar de não estar explicitamente previsto na Constituição ou no Código Civil, o direito à identidade é considerado parte da dignidade da pessoa humana, conforme estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Assim, o acesso às informações sobre a ascendência familiar desempenha um papel fundamental no pleno desenvolvimento da personalidade humana. (Melo, 2020)

Acerca do direito de reconhecer a própria origem genética, é inquestionável que constitui um direito personalíssimo, ou seja, é um direito fundamental inerente a todos os seres humanos. Isso reflete a crucial ênfase conferida aos direitos fundamentais, conforme respaldados pelo ECA, assegurando, portanto, o direito a uma existência digna e acesso à assistência médica, com a primazia do interesse supremo da criança.

(Ramos, 2022)

Ainda, encontra-se respaldo normativo internacional pelos artigos 7º e 8º do Decreto nº 99.710/1990, que promulga a Convenção dos Direitos da Criança no Brasil. Essa convenção garante que as crianças tenham o direito de preservar a sua identidade e, sempre que possível, conhecer a sua genealogia, estabelecendo laços familiares.

Importante frisar que, dentre os impactos negativos de não se conhecer a ascendência possui repercussão inclusive no direito sucessório, posto que priva essas crianças do direito de herança que poderia vir a receber.

Nesse sentido, evidencia-se a relevância do reconhecimento da ascendência biológica, cabendo ao Estado a responsabilidade de assegurar a concretização da dignidade da pessoa humana. Portanto, quando há indícios de que é possível comprovar a origem genética, cabe ao sistema judiciário desempenhar um papel fundamental na resolução justa e efetiva desses conflitos. (Dias, 2020)

Pensando nisso, o Projeto de Lei 3.220/08, já arquivado, abordou o tema determinando a obrigação da mulher em fornecer e prestar informações sobre sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto, sendo os dados revelados somente a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial.

Como há previsão de que o sigilo seja quebrado por necessidades médicas, por exemplo, para tratamento que precise de informações do ascendente genético, igual ao doador de sêmen, não caberá buscar no Parto Anônimo a relação parental.

Neste sentido faz-se de imprescindível importância as reflexões de Paulo Lôbo (2004, online):

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). [...]. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Em contrapeso, entre os direitos e deveres que devem ser garantidos pelo Estado

e pela sociedade, o direito à vida e possui pressuposto fundamental. Neste sentido, é notável o elo de ligação entre o respeito à vida e o instituto do parto anônimo, uma vez que os objetivos desse instituto se materializam na prevenção de abortos e infanticídios, refletindo na redução da quantificação de nascituros e genitoras que se prejudicam pela submissão aos métodos clandestinos. (Oliveira, 2011)

Não obstante, é importante reafirmar que um dos objetivos do parto anônimo é estabelecer a coexistência e a garantia entre o direito e o respeito à vida. Ademais, com relação a outros direitos como a liberdade da mulher, que se encaixa no contexto como genitora, de não exercer o papel de mãe, não contrapõe as garantias referentes à vida, possibilitando que esta ocorra de forma digna.

Impõe-se de suma importância compreender a evolução do direito de família consubstanciada pelas mudanças sociais que intitulou o afeto enquanto valor jurídico, utilizada para fundamentar e até mesmo justificar um ato que em princípio colida com a lei, como o caso debatido. (Albuquerque, 2008 *apud* Almeida, 2011)

Portanto, o conflito entre direitos e garantias fundamentais não devem ser o centro de estudo no que diz respeito ao parto anônimo, mas sim a ligação entre princípios instituídos que de forma conjunta garantem que a dignidade seja aplicada tanto à mãe, que possui liberdade de escolha, quanto ao nascido, que encontra a sua proteção no que se refere à esfera da vida. (Oliveira, 2011)

3.2. Casos práticos

Hodiernamente, com uma frequência assustadora, são noticiados diariamente casos em que recém-nascidos são abandonados pelos pais logo após o nascimento em latas de lixo, às margens de rios, esgotos, embaixo de carros e em outros lugares degradantes.

Observa-se essa realidade nos relatos apresentados por Pereira e Sales (*apud* Oliveira, 2011, p.24), que descrevem uma série de casos de abandonos, demonstrando que no

Brasil ainda é elevado o número de recém-nascidos que são expostos em condições subumanas:

Apenas nos anos de 2006 e 2007 foram noticiados pela mídia vários casos de recém-nascidos abandonados em condições subumanas. Jogados em lagoas (Letícia – jan./06 – Minas Gerais); em rios poluídos (Michelle – out./07 – Minas Gerais); em riachos (fev./07 – Rio Grande do Sul); na saída de esgotos (nov./07 – Maranhão); boiando em valões, cercados por urubus (fev./07 – Rio de Janeiro); deixados em banheiros de estações de trem (abr./06 – São Paulo); em terrenos baldios, enrolados em toalhas de sangue quase pisoteados por vacas (maio/06 – Minas Gerais); enrolados em sacos plásticos, ainda com cordão umbilical (Vitor Hugo – fev./07 – São Paulo; nov./07 – Rio Grande do Sul; nov./07 – Recife); abandonados em quartos vazios (fev./07 – Sergipe), casas abandonadas (mar./07 – Espírito Santo) ou em escadarias de igrejas (dez./07 – São Paulo); deixados em ferrovelho (maio/07 – Mato Grosso); nas ruas, debaixo de chuva (ago./07 – Paraná); dentro de caixa de sapatos sob frio de 1º C (ago./07 – Santa Catarina); misturados ao lixo (João Pedro – fev./06 – São Paulo; Ângela – out./07 – São Paulo; bebês gêmeos – maio/06 – Minas Gerais); mortos em armário (out./07 – São Paulo); sob rodas de caminhão (out./07 – Bahia); debaixo de carros (Marcos – out./07 – Bahia); na rua sob folhagens, terra e formigas (Clara – nov./07 – Bahia) ou atropelados dentro de sacolas plásticas (fev./07 – Rio de Janeiro). Dos casos mencionados poucos sobreviveram, sendo que a maioria morreu em razão dos ferimentos/hemorragias, infecções generalizadas e edemas cerebrais ocasionados pela violência do abandono.

Outra situação recente envolve a atriz Klara Castanho, que na época possuía 21 anos, publicou em 25/06/2022 um relato em suas redes sociais que revela uma gravidez decorrente de um estupro. Ela manteve a gravidez, que descobriu já em estágio avançado, e após consultar um advogado optou por fazer a entrega voluntária do bebê para a adoção.

Assim, objetiva a entrega voluntária no sistema jurídico, entre outras políticas públicas, uma resolução deste ciclo de nascimento, rejeição, sofrimento e por vezes, morte do infante, reduzindo as taxas de infanticídio por abandono.

3.3. Consequências bioissociais

Importante ressaltar que o parto em anonimato não é a solução para o abandono de recém-nascidos, pois este fator está diretamente ligado à implementação de políticas públicas. Mas, certamente, poderia acabar com a forma trágica que ocorre esse abandono.

Assim, assegura um direito à mãe em permanecer desconhecida sem qualquer imputação civil ou penal na entrega da criança para adoção, podendo realizar todos os cuidados médicos antes, durante ou após o parto.

Isso permite que as mulheres gestantes, mesmo que não desejam ser mães, recebam cuidados médicos adequados durante a gravidez gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que pode evitar complicações de saúde tanto para ela quanto para o bebê, garantindo ainda ao recém-nascido os cuidados médicos imediatos, mesmo que a mãe decida não manter a guarda da criança.

Como discorrido, outro objetivo da entrega voluntária corresponde a evitar abortos clandestinos ou não seguros, que podem ser perigosos para a saúde dos envolvidos, ou até mesmo a venda de bebês e as adoções ilegais, que também se caracterizam como práticas criminosas.

Além disso, oferece às mães a oportunidade de proteger sua privacidade e evitar julgamentos sociais ou estigma associado à gravidez, podendo dar à luz em sigilo e imediatamente entregar a criança aos cuidados da instituição.

Pela legislação brasileira, a decisão do parto anônimo pode ser tomada durante a gestação ou logo em seguida ao parto, sendo possível resgatar a identidade materna por decisão judicial em casos extremos, sem que haja, todavia, vínculo de parentesco.

Outro benefício ocasionado pelo parto anônimo é a facilitação no processo de adoção, permitindo que a mãe entregue o bebê para de forma mais discreta, protegendo sua identidade e a da criança.

Isso ocorre tendo em vista a adoção no Brasil ser problemática, pois a maior parte das crianças para adoção não estão nas "especificações" dos adotantes que quererem vivenciar a experiência da paternidade em todas as fases, procuram filhos com especificações claras: semelhança fenotípica e recém-nascido. (Freitas, 2008)

Afirma Freitas (2008) que as pessoas em geral têm a fantasia de que uma criança com menos idade terá menos problemas futuros decorrentes do abandono, escolhendo uma criança com menos de um ano, branca e sem irmãos no abrigo, o que nem sempre

é verdade.

Assim, é possível perceber os inúmeros impactos positivos que o instituto do partoanônimo gera na sociedade, sendo assegurado o direito primordial que é o da vida, o amor e o afeto, apesar de confrontar algumas outras garantias, como da identidade.

CONCLUSÃO

O instituto do parto anônimo é objeto de inúmeras controvérsias que abrangem diversos ramos do saber. Apesar disso, é o único recurso atualmente disponível que desempenha uma função crucial, embora não seja a solução ideal.

Através da análise exposta, nota-se uma significativa progressão na legislação relacionada à entrega voluntária dos recém-nascidos para adoção, um conceito mais contemporâneo. Essa evolução é crucial, uma vez que o dispositivo visa proteger a criança, beneficiando especialmente a mãe que opta por não assumir a responsabilidade maternal. Assim, ao priorizar a salvaguarda da vida do recém-nascido, o parto anônimo emerge como uma solução viável e coerente.

Ao ponderar os diversos aspectos da entrega voluntária, como o direito à vida e a identidade do bebê, é evidente que o primeiro deve prevalecer. Tendo em vista que a afetividade se sobrepõe ao critério biológico, opor-se ao parto anônimo em virtude de uma possível mitigação do direito à identidade, é uma atitude inaceitável.

O instituto do parto anônimo visa implementar políticas públicas a fim de afastar a clandestinidade do aborto e do abandono, consequentemente evitando situações indignas e desumanas nas quais os recém-nascidos são deixados.

Existe a substituição do abandono pela entrega segura a hospitais ou unidade de saúde que irão cuidar da saúde dos envolvidos e em seguida encaminhará a criança para a adoção, assegurando a potencial chance de convivência em uma família adotiva.

Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de abrir mão da maternidade sem ser condenada, civil ou penalmente, por sua decisão.

VOLUNTARY SURRENDER: ANONYMOUS CHILDBIRTH AND ITS IMPACTS ON THE BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK

ABSTRACT

This article aims to examine and explore in the legal context, the institute of anonymous birth and its impacts in the Brazilian legal context, being regulated by Law No. 13,509 of November 22, 2017. This device seeks to reduce occurrences of abortion, infanticide, abandonment of children by their mothers and even delivery for illegal adoption, such as the case of Brazilian adoption. The central discussion is whether the anonymity of the mother, protected by this law, violates the unborn child's right to know their biological origins or whether it reinforces the promotion of the supremacy of the child's right to life. To better understand the relevance of this institute, it is essential to investigate its historical evolution in different societies, especially those that shaped the implementation of this law in the Brazilian context. Thus, the importance of balancing secrecy and the individual rights of the unborn child is highlighted, ensuring that the most fundamental right, the right to life, is preserved. The methodology of this study is based on qualitative research using a deductive approach in bibliographic sources, which are essential to broaden and deepen the understanding of this topic of great relevance in the contemporary legal context.

Keywords: Childbirth. Anonymity. Individual Rights. Principles.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. Não ao Parto Anônimo. Sim à proteção e garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes. 2008. Disponível em:
https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/Parto_Ano_nimo.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

ALMEIDA, Noeli Moraz. O decreto lei do parto anônimo como uma proposta redundante e paradoxal de proteção à infância. Ágora: Revista de divulgação científica, v. 16, n. 2, p. 186–193, 2011. Disponível em:
<https://www.periodicos.unc.br/index.php/agora/article/view/19>. Acesso em: 11 mar. 2024.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. A reinvenção da Roda dos Expostos: arquivo, memória e subjetividade. Mnemósine, online, v. 16, n. 2, 2020. Disponível em:
<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/mnemosine/article/view/57668>. Acesso em: 11mar. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. Direito da família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), ea Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC). Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.747, de 11 de fevereiro de 2008. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências; tendo pareceres: da Comissão de Seguridade Social e Família, pela rejeição deste e dos de nºs 2834/2008 e 3220/2008, apensados (relatora: DEP. RITA CAMATA); e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela constitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa deste e boa técnica legislativa dos de nºs 2834/2008 e 3220/2008, apensados, e, no mérito, pela rejeição (relator: DEP. LUIZ COUTO). 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382874>.

Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.834 de 19 de fevereiro de 2008. Define que o parto anônimo implica na perda do poder familiar, antigo pátrio poder. Altera a Lei nº 10.406, de 2002. Carlos Bezerra. 2008. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=538683&filename=. Acesso em: 22 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.220 de 09 de abril de 2008. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=389933>. Acesso em: 15 mar. 2024

CARIRI, Rayane Moésia. A Constitucionalidade do Parto Anônimo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Campina Grande/PB, 2013.

CARNEIRO, Sergio Barradas. Parto Anônimo. ARPEN/SP, 2008. Disponível em:
<https://www.arpensp.org.br/noticia/7106>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Manual sobre Entrega Voluntária. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/07/manual-entrega-voluntaria-2023-06-12.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

DIAS, Carllyam Soares. A desconsideração do vínculo socioafetivo na adoção à brasileira: uma análise à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2015.

DIAS, Mikaela Maria de Aguiar. O instituto do parto anônimo como obstáculo da concretização do direito ao conhecimento da origem biológica. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, 2020.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado. 7. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

FERREIRA, Jessica Samara Moraes. Parto anônimo: busca pela garantia do direito à vida e o meio alternativo à gravidez indesejada. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Evangélica de Goiás, Anápolis/GO, 2022.

FONSECA, Claudia. Abandono, adoção e anonimato: Questões de moralidade

maternas suscitadas pelas propostas legais de parto anônimo. Sexualidade, Saúde, Sociedade – Revista Latino-Americana, v. 1, p. 30-62, 2009.

FONTANA, Franciele. Parto anônimo: a legalização como forma de proteção à infância em contraposição às alegações de constitucionalidade do instituto. Revista da Faculdade de Direito da UPF, Passo Fundo, RS, v. 2, p. 31-43, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. Parto Anônimo. Instituto Brasileiro de Direito de Família. São José, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/412/Parto+An%C3%B4nimo>. Acesso em: 11 out. 2023.

LIMA, Sharon Paulina Rodrigues. Análise Jurídica do Instituto do Parto Anônimo no Brasil. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, São Paulo, 2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%C3%A9+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A9ria>. Acesso em: 03 mar. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, 1726-1950. São Paulo: Cortez, 2016.

MELO, Pablo de Souza. A aplicabilidade do instituto do parto anônimo no direito luso-brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica). Universidade de Lisboa –Faculdade de Direito. Portugal, 2010.

MELO, Pablo de Souza. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates etenses. Dissertação (Doutorado em Psicologia Social). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

MOURA, Silvia Letícia Sousa; PAIVA, Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de. O Princípio da Liberdade e o Parto Anônimo no Brasil: Aspectos Jurídicos Perante o Direito de Família. TCC (Graduação em Direito). Centro Universitário Santo Agostinho, Teresina/PI, 2019.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Daniela Maria do Nascimento. Parto anônimo: o sigilo na entrega da criança para adoção. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal De Campina Grande, Campina Grande/PB, 2022.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCARPIM, Claudia. A Roda dos Expostos: Crianças abandonadas na Itália. Nacionalita, 2022. Disponível em: <https://nacionalitalia.com.br/cacando-documentos/a-roda-dos-expostos-criancas-abandonadas-na-italia/>. Acesso em: 10 out. 2023.

SILVA, Simone de Fátima. Advogada explica procedimentos para entrega voluntária de crianças à justiça. Entrevista. Rádio Imprensa, Anápolis, 9 abril 2024. Disponível em: <https://imprensamadureira.com.br/ouca-advogada-explica-procedimentos-para-entrega-voluntaria-de-criancas-a-justica/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

SILVEIRA, Mylena Rios Camardella da. Um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso-brasileiro. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Portugal, 2016.

E-SAÚDE E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA GESTÃO DE DADOS PESSOAIS DE PACIENTES NO ÂMBITO DA LEI Nº 13.709/2018

Diego Costa Barbosa Santos²⁶

Gabriel Aparecido Salvador de Moura²⁷

Jordão Horácio da Silva Lima²⁸

RESUMO

A evolução tecnológica tem impactado significativamente a área da saúde, especialmente através da e-Saúde, que engloba o uso de tecnologias de informação e comunicação na prestação de serviços de saúde. Este artigo analisa os desafios da proteção da privacidade na e-Saúde no Brasil, focando na gestão de dados pessoais de pacientes à luz da LGPD. A e-Saúde inclui prontuários eletrônicos, telemedicina, aplicativos móveis de saúde e dispositivos vestíveis, cada um com implicações distintas para a coleta e uso de dados pessoais. Os desafios incluem a necessidade de uma cultura de privacidade, capacitação contínua de profissionais e adequação das infraestruturas tecnológicas. Este estudo utiliza uma metodologia exploratória e revisão bibliográfica para analisar as nuances do direito à saúde e à privacidade, oferecendo uma análise crítica sobre a gestão de dados na e-Saúde e estratégias para superar os obstáculos na implementação de um ambiente digital seguro.

PALAVRAS-CHAVE: e-Saúde. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Segurança de dados. Privacidade.

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica tem transformado diversas áreas do conhecimento, e a saúde não é uma exceção. O advento da e-Saúde, que compreende o uso de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na prestação de serviços de saúde, público e privado, tem promovido uma revolução na forma como os dados de pacientes são coletados, armazenados, compartilhados e utilizados.

Esta transformação, embora traga inegáveis benefícios, também levanta importantes questões relacionadas à proteção da privacidade e à segurança dos dados pessoais dos pacientes.

²⁶ Estudante do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes.

²⁷ Estudante do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes.

²⁸ Professor na Faculdade Evangélica Raízes.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, surgiu como um marco regulatório essencial para abordar essas questões. Estabelecendo diretrizes sobre o tratamento de dados pessoais, buscando assegurar o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos indivíduos e, no contexto da e-Saúde, a implementação desta lei apresenta desafios específicos, dada a natureza sensível das informações envolvidas.

Este trabalho tem como objetivo analisar os desafios à proteção da privacidade no âmbito da e-Saúde no Brasil, com um foco particular na gestão de dados pessoais de pacientes à luz da LGPD.

A contextualização do tema passa pelo entendimento da e-Saúde como um conceito abrangente, que inclui desde prontuários eletrônicos e telemedicina até aplicativos móveis de saúde e dispositivos vestíveis. Cada uma dessas tecnologias possui diferentes implicações para a coleta e o uso de dados pessoais, aumentando a complexidade da gestão dessas informações. Além disso, a globalização e a digitalização crescente dos serviços de saúde ampliam a necessidade de um marco regulatório robusto e eficaz.

A relevância da privacidade dos dados de saúde é, além de um direito inerente ao humano, inquestionável. Dados de saúde são considerados dados sensíveis pela LGPD, pois envolvem informações íntimas e confidenciais sobre a condição física e mental dos indivíduos.

A divulgação não autorizada ou o uso inadequado desses dados pode resultar em discriminação, estigmatização e outros impactos negativos significativos para os pacientes, muitos ainda nem imaginados.

A LGPD, introduz princípios e obrigações que visam garantir a transparência, segurança e controle dos dados pelos titulares. No que tange a e-Saúde, a aplicação da LGPD exige uma adaptação rigorosa por parte dos profissionais de saúde, instituições e desenvolvedores de tecnologia. A gestão de consentimentos, a implementação de

medidas de segurança adequadas e a garantia de direitos dos titulares são apenas alguns dos aspectos críticos a serem considerados.

Por sua vez, os desafios na implementação da LGPD na e-Saúde no Brasil são diversos. Entre eles, destaca-se a necessidade de uma cultura de privacidade e proteção de dados nas instituições de saúde, a capacitação contínua de profissionais para lidar com questões de segurança da informação, e a adequação das infraestruturas tecnológicas às exigências legais.

Adicionalmente, a interoperabilidade dos sistemas de saúde e a conformidade com a legislação são questões complexas que demandam soluções inovadoras e um comprometimento sério de todas as partes envolvidas.

Diante desse cenário, este estudo busca aprofundar a compreensão dos desafios à proteção da privacidade na e-Saúde, oferecendo uma análise crítica sobre a gestão de dados pessoais de pacientes no Brasil.

Ao longo do trabalho, serão exploradas as implicações da LGPD para o setor de saúde, as melhores práticas de gestão de dados, e as estratégias para superar os obstáculos encontrados na implementação de um ambiente digital seguro e respeitoso à privacidade dos pacientes.

Para tanto, a pesquisa baseou-se no método exploratório e em uma revisão bibliográfica de artigos concernentes à proteção de dados pessoais, e regulamentação referente à tecnologias sanitárias relacionadas com a e-saúde, visando a elucidação do fenômeno proposto, aplicando-se a pesquisa qualitativa e objetivando uma análise das nuances do direito constitucional à saúde e à intimidade, partindo-se da premissa bibliográfica indicativa, no intuito de estreitar os limites do objeto central proposto.

1. ENTENDIMENTO HISTÓRICO-SOCIAL

O constante avanço das tecnologias da informação e, por decorrência, da comunicação tem transformado a forma como as pessoas interagem com o mundo ao seu

redor em todos os âmbitos sociais, inclusive na forma em que a saúde é acessada e, de certo modo, consumida.

Em um ambiente de constante transição técnica, migrando os meios e mecanismos analógicos e materiais para planos digitais e eletrônicos, o acesso a saúde passou a se desenvolver, em muitas frentes, de modo híbrido, com sua principal fonte sendo democratizada por mecanismos digitais e seus pilares sociais fixos ao meio analógico.

Nesse contexto, a *e-saúde*, nomenclatura que vem se consolidando com o passar dos anos, foi ilustremente definida, sobretudo aos padrões da época, de forma breve, como o uso das TICs (tecnologias da informação e comunicação) para melhorar a qualidade, a eficiência e a acessibilidade dos diferentes povos aos serviços de saúde em diferentes níveis, pelo professor Vincenzo Della Mea (2001), no artigo "*What tis e-health: the death of telemedicine?*" publicado online pelo National Library of Medicine.

Fato é que o ato de incorporar mecanismos tecnológicos, mesmo que oriundos de outras searas do conhecimento, para o aprimoramento da forma em que parcelas cada vez maiores da população possuem de acessar a saúde, pública ou privada, direito uno a si, trazem diversos benefícios inerentes a sua implementação, ao passo em que desbravam desafios de teor logístico, comunicativo, tecnológico e legal.

Mesmo que parcelas sub atendidas, ou de difícil acesso aos meios tradicionais de saúde, seja medicamentoso ou hospitalar, possam ter um novo e mais expansivo meio de acesso a um direito humanitário básico, estados-nação, pela via estatal, já começam a sentir os impactos desse tipo de implementação.

Ao mesmo tempo em que famílias residentes em regiões, quase, inacessíveis passam a ter o mínimo de atendimento por meio da telemedicina, por exemplo, o seu acesso a medicamentos e especialistas humanos se mantém tão ruim quanto jamais foram e, a depender do momento, se tornam ainda piores. Com toda melhoria significativamente avançada, os agentes responsáveis pelo aprimoramento das políticas públicas se acomodam ainda mais no pouco desenvolvimento que tiveram, sucateando e segregando

setores que, de modo geral, já são, e estão sucateados mesmo em tempos onde tais tecnologias sequer eram projetadas.

Ao contrário do que se possa imaginar, o problema real por trás do desabastecimento, ou do escárnio e estigma ligado a saúde a famílias sub atendidas, é a logística, não a sua implementação, mas a prioridade no qual ela possui.

A CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, torna claro, durante todo o Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 6º, o pleno direito a todos os cidadãos à saúde nos seguintes moldes:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Brasil, 1988).

No entanto, mesmo restando claro que o direito à saúde é um dos inúmeros direitos e garantias fundamentais e inerentes a todo ser humano, e sendo praste que a CRFB/88 nivela todo o povo brasileiro ao mesmo patamar de igualdade de direitos e obrigações, nos termos do art. 5º, inciso I, os próprios entes públicos, dotados da máquina pública, imbuídos de boa-fé e responsáveis por fazer tais entendimentos se valerem a realidade, por vezes, se ausentam de suas obrigações e escanteiam o atendimento devido e pleno à povos historicamente marginalizados.

Ad exemplum, a saúde pública para povos marginalizados, como os indígenas, tem enfrentado desafios significativos no Brasil. De acordo com uma reportagem da Deutsche Welle – DW (Modelli, 2023), apenas 180 médicos estão trabalhando em distritos específicos para indígenas em todo o país. Sendo que, mesmo nessas poucas instalações de trabalho, as condições e instalações precárias são o maior obstáculo para os agentes de saúde realizarem os seus serviços de modo adequado.

Fatos estes, destacados de modo brilhante no artigo “Desigualdades de gênero e raciais no acesso e uso dos serviços de atenção primária à saúde no Brasil” (Cruz, 2021), que evidenciam o principal fator para uma disparidade do modo de acesso e atendimento à saúde por povos de diferentes classes sociais, o mero interesse.

No Brasil, o advento da pandemia em março de 2020 encontrou um sistema público de saúde universal em direitos no que concerne ao acesso a seus serviços, porém com graves distorções e gargalos de atendimento, em especial àqueles referentes à atenção primária de saúde, porta de entrada do Sistema Único de Saúde (SUS). Pontos nevrálgicos históricos do atendimento público hospitalar foram ainda mais expostos, como o Sistema de Regulação (SISREG) responsável pelas conhecidas filas de espera por consultas, exames e cirurgias; a lotação ou ausência de leitos hospitalares; a desigual distribuição de recursos e equipamentos e a clivagem público-privada no acesso à saúde. (Cruz, 2021, p. 4022).

Por outro lado, não há que se falar em ponto focal, mesmo que o fator logístico tenha seu grau de importância, a falta de comunicação clara e precisa, oriunda de uma rede organizada em prol deste bem, também influenciam nas relações sociais frente ao acesso à saúde e a informação.

Como dito na reportagem do Nexo Políticas Públicas (Thami, 2021), intitulada de "6 pontos sobre a relação entre comunicação e saúde", durante a pandemia, o Brasil demonstrou não só a falta de planejamento de campanhas coordenadas de comunicação em saúde, mas também um forte conflito de mensagens e até mesmo propagação de informações incontestavelmente falsas ou sem qualquer com pouco embasamento científico.

Isso é particularmente problemático no contexto da e-saúde, onde a comunicação eficaz é essencial para garantir que os pacientes recebam informações precisas e atualizadas sobre seu estado de saúde.

Ademais, os avanços tecnológicos constantes e frenéticos também podem trazer desafios significativos para a e-saúde. De acordo com uma reportagem do portal ShareCare (2022), um dos principais problemas é o aumento da distração causada pelo uso excessivo da tecnologia. De acordo com a matéria, com mais facilidade de acesso à internet, as pessoas podem ter contato com uma maior quantidade de informações, o que aumentaria o nível de distração, dentro e fora dos ambientes hospitalares.

Outro desafio ligado aos avanços tecnológicos inerentes à área é a proteção de dados sigilosos destes ambientes, no qual hackers e outros criminosos poderiam acessar dados médicos privativos de algum paciente. Fator particularmente problemático no

contexto da e-saúde, onde a segurança dos dados do paciente são, e devem, ser tratados como de extrema importância.

Por fim, a falta de legislação inerente a matéria, sendo brevemente desenvolvida em legislações como nas Leis nº 12.965/2014 e 13.709/2018, respectivamente nomeadas como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), estabelecem um terreno subjetivo e turvo de atuação do setor privado que, ao passo em que seguem o pouco que há rente à matéria, estabelece meios, preceitos e temas discutíveis neste âmbito, algo que se desenvolve em paralelo em diferentes pontos do globo terrestre.

2. PROBLEMÁTICA SISTÊMICA DE UM MEIO DIGITALMENTE DEPENDENTE

Cabe relembrar que a e-saúde é um campo emergente na intersecção de tecnologia da informação, negócios e saúde em diferentes pontos do mundo, interconectados por ambientes digitais e globalizados em constante expansão.

No entanto, a implementação da e-saúde enfrenta vários desafios a nível nacional e internacional, sendo um deles, a proteção da privacidade e a gestão de dados pessoais de pacientes.

A Lei nº 13.709/2018 do Brasil, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018), estabelece diretrizes claras sobre como os dados pessoais devem ser gerenciados no contexto da saúde.

Art. 5º. 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. (Brasil, 2018).

Como bem observado por Tania Aparecida Soares (2022), no artigo "Os Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD no Cenário Digital", o artigo 11 da LGPD se aplica ao tratamento de dados pessoais sensíveis, dispostos de modo claro no artigo supracitado (art. 5º, inciso II), resguardando, acima de tudo, a revelação de dados que possam causar prejuízos ao titular, caso venha a ser compartilhado entre os controladores,

visando vantagem econômica ao agente causador ou a terceiro que possa, de algum modo, estar envolvido.

Ainda segundo ao artigo, a violação desta norma pode acarretar, inclusive, sanções do poder público, em suas diferentes áreas de atuação e competências.

No entanto, mesmo que este tipo de normativa e penalização seja aplicado de modo feroz, eficiente e utópico, o cenário possível onde dados sensíveis ligados a saúde de determinada população está, ou pode estar, sendo vazada a fim de beneficiar redes privadas, como seguradoras ou hospitais, já encobrem todo o cenário por uma nevoa de dúvida que me é, sem margem a dúvida, calamitoso.

O jogo eletrônico estadunidense *Watch Dogs 2* (2016), publicado pela Ubisoft Montreal, evidencia de modo alarmante e exagerado o impacto que uma rede globalizada e puramente virtual causa na vida da população de modo geral.

Mesmo se tratando de uma obra ficcional, o jogo eletrônico satiriza e extrapola a problemática de empresas conseguirem acesso a dados considerados sensíveis, também, pela legislação brasileira.

Em determinada *quest*, o jogo evidencia apenas um efeito nefasto, ao protagonista se deparar com uma rede de dados confidenciais perdendo seu escopo sigiloso a benefício de corporações privadas, no caso, empresas de seguro modulando em tempo real o valor do seguro de vida de toda uma família com base em um conjunto de dados coletados desde a infância por dispositivos como *smartphones* e até geladeiras.

Notório que o jogo, por se tratar de uma obra de ficção, idealiza um cenário a fim de causar choque e comoção. Mas ver um exemplo claro e, de certo modo, cada vez mais próximo, de como esses dados podem estar sendo utilizados para fins, mesmo que em grau reduzido, verossimilhante, já é preocupante o suficiente.

De todo modo, a preocupação não reside apenas em obras ficcionais de entretenimento, Suely Deslandes e Tiago Coutinho (2022), ao observarem as relações sociais em ambientes digitais, sobretudo em período da pandemia de COVID-19,

provocado pelo vírus *SARS-CoV-2*, por meio do artigo “Pesquisa social em ambientes digitais em tempos de COVID-19: notas teórico-metodológicas” discorrem o seguinte:

Os desenvolvimentos e desafios atuais em uma perspectiva internacional e suas reverberações no contexto nacional sugerem que pode estar chegando a hora de mudança do “paradigma” da ATS enquanto campo científico, no sentido Kuhniano. As bases teóricas e metodológicas que orientaram a seleção, a avaliação e a crítica dos critérios relevantes a serem verificados nesses estudos devem ser revistas para se adequarem às novas demandas da sociedade. A aproximação interdisciplinar com outros campos de conhecimento (Filosofia, História, Política, Sociologia, Antropologia e Direito) poderá fortalecer sua fundamentação teórica e potencializar seu uso e, dependendo da intensidade de todas essas mudanças, elas poderão gerar uma revolução nesse campo científico. Essa dinâmica dependerá amplamente da formação de mecanismos de ação política e sociais negociados também pela comunidade de pesquisa. As mudanças paradigmáticas dependerão fortemente, portanto, de elementos exteriores à ciência. (Coutinho, 2022).

Importante ressaltar, por fim, que o cenário plausível, proveniente de um avanço exacerbado das tecnologias da informação e comunicação, a primeiro olhar, se mostram otimistas e frutíferos, cedendo, porém, as impurezas da natureza humana, desvirtuando o seu suposto significado e objetivo natural, pressupondo, é claro, que algo de magnitude suficientemente capaz de reverberar e modular por completo todo o paradigma social e cultural de toda a civilização humana possua um objetivo ou significado natural, tampouco que este seja benefício à espécie humana.

Diferente do que pressupor algo sobre uma tecnologia em acessão, é necessário olhar além do que sua própria existência, se atendo, sobretudo, aos seus efeitos práticos no avanço de todo um contingente social, *a priori*, modular e consistente, mas que encara, em última análise, dificuldades e barreiras inerentes a algo inédito, afinal, é disso que se trata, de um avanço inédito em uma área pouco conhecida que, inevitavelmente, modifica por completo toda e qualquer forma de desenvolvimento social.

3. RISCOS COMPORTAMENTAIS

A ancoragem mítica por trás dos efeitos danosos provindos do constante avanço tecnológico, embora alarmantes e espalhafatosos, resvalam em um teor verossímil quando aplicado a materialidade fática, anteriormente restrita à pequenos grupos de interesse que, aos poucos, se mostram também ao grande público.

Em março de 2023, Shou Zi Chew, o CEO global do *Tik Tok*, notória empresa de mídia social e entretenimento, fora convocado pelo Congresso estadunidense para prestar esclarecimentos sobre a influência fática que seu produto, a mídia social, exerce sobre a mentalidade humana, sobretudo aos jovens e adolescentes (Thorbecke, 2023).

Questões irrisórias e banais foram levantadas por parlamentares do que é, provavelmente, o congresso mais poderoso e influente de todo o ocidente, o que não muda o fato de que as preocupações são válidas e legítimas.

De acordo com Catherine Thorbecke (2023), repórter da CNN, um deputado de Nova Jersey destacou uma pesquisa estadunidense descobriu que "os algoritmos do TikTok recomendam vídeos para adolescentes que criam e exacerbam sentimentos de sofrimento emocional, incluindo vídeos que promovem suicídio, automutilação e transtornos alimentares", embora não evidenciando a fonte exata para a informação.

Outro deputado, agora representativo do Estado de Ohio, havia acusado, a mesma sessão, que o *Tik Tok* estaria promovendo conteudos do chamado "*desafio do blecaute*" para crianças de e adolescentes, resultando, teoricamente, na morte de uma criança de 10 anos do Estado da Pensilvânia.

Ainda nesta audiência, o deputado Gus Bilirakis, eleito pela Flórida, ressaltou uma série de preocupações quanto à tecnologia e o algoritmo por trás da mídia social que estaria, teoricamente, abrindo espaço para que crianças sejam expostas a conteúdos nocivos, resutando na emblemática frase "*Sua tecnologia está literalmente levando à morte*".

Talvez não por coincidência, poucos meses após esta audiência, tendo o *Tik Tok* como principal alvo, aplicou uma série de atualizações de segurança, alterou seus termos de uso e implementou uma série de recursos a fim de exercer uma proteção adicional para os usuários "mais jovens". Vale-se dizer que o movimento fora replicado pelas demais *big techs* do setor.

Fato inegável que o hiperestímulo gerado pelo constante uso de dispositivos eletrônicos vem ocasionando em um aumento vertiginoso em patologias psiquiátricas

como a depressão, trastornos do humor, bipolaridade, transtornos de ansiedade e, principalmente, Transtorno de Deficit de Atenção e Hiperatividade - *TDAH* (Nabuco, 2008).

Deve-se ater, ainda, que mesmo que estas patologias possam estar sendo mais bem relatadas e expostas como pertencentes às novas gerações, atribuindo um caráter de epidemia geracional, generalista por óbvio, o estudo “Dependência de Internet e de Jogos Eletrônicos: uma revisão”, publicado em 2008, evidência que tal influencia não se restringe a faixas etárias ou a cultura preexistentes:

A Dependência de Internet pode ser encontrada em qualquer faixa etária, nível educacional e estrato sócio-econômico. Inicialmente, acreditava-se que esse problema era privilégio de estudantes universitários que, buscando executar suas atribuições acadêmicas, acabavam por permanecer mais tempo do que o esperado, ficando enredados na vida virtual. Entretanto, tais pressuposições mostraram ser pura especulação. Sabe-se, hoje, que à medida que as tecnologias invadem progressivamente as rotinas de vida, o contato com o computador cada vez mais deixa de ser um fato ocasional e, portanto, o número de atividades mediadas pela Internet aumenta de maneira significativa, bem como o número de acessos e tempo medido na população brasileira que, atualmente, ocupa o primeiro lugar no mundo em termos de conexão doméstica. (Abreu, 2008, p. 4).

Tal fato se reafirma quando observamos que a empresa Cambridge Analytica utilizou, ilegalmente, dados de mais de 87 milhões de usuários fornecidos pelo Facebook, hoje pertencente ao grupo *META*, para influenciar multidões e manipular artificialmente o resultado das eleições presidenciais e estaduais dos EUA no ano de 2016. Fato descoberto somente em 2018 e reportado em todos os jornais, editoriais e portais jornalísticos independentes nas mesmas mídias sociais que trouxeram todo este escândalo à tona.

Ao ver um contingente significativo de pessoas votantes, em sua maioria com vida estável, família constituída e um nível satisfatório de escolaridade, se torna inviável defender que apenas as novas gerações estariam sendo influenciada por todos esses algoritmos e redes digitais.

A realidade se impõe.

Mesmo que um grande contingente tenha sido influenciado politicamente, fato relativamente isolado, não é possível auferir que as mídias sociais são utilizadas como mecanismos de manipulação emocional, correto?

Errado.

Um estudo realizado por Andrew G. Reece e Christopher M. Danforth (2017), publicado pela *EPG Data Science*, intitulado "*Instagram photos reveal predictive markers of depression*" revelou que apenas a análise previa de postagens públicas nos perfis dos usuários do *Instagram* já é o suficiente para traçar marcadores confiáveis de pacientes com depressão.

O estudo focou na análise e monitoramento contínuo de 166 usuários, nos quais 71 (42%) já foram diagnosticados por depressão, a partir de suas postagens públicas em seu *feed* e *stories* e, a partir daí encontrar uma correlação entre aqueles que possuem diagnóstico positivo.

Aqueles usuários já diagnosticados possuíam postagens em tons frios de cor, com movimentações discretas e pouca incidência de terceiros em suas postagens.

O fato curioso é que, estendendo estes marcadores para uma amostra de 43.950 usuários do *instaram*, foi possível auferir com um percentual significativo de acertos não só aqueles que estavam já diagnosticados com a patologia, mas sim aqueles que viriam a receber tal diagnóstico ao decorrer do estudo. Conclusões extraídas apenas por dados públicos.

E o mesmo se mostrou verdade quando analisado usuários que eram expostos a padrões muito específicos de postagens gerando uma mudança espaçada e quase imperceptível na personalidade dos usuários que eram mostrados *posts* taxados como "tristes" ou "solitárias". A recíproca se mostrou verdadeira ao apresentar conteúdos taxados como "felizes" e "motivadores" a usuários com predisposição a depressão.

Muito além do que pensar em um possível tratamento alternativo a esta patologia, o que o estudo fez foi reafirmar algo que estava restrito apenas ao chamado senso comum.

As mídias sociais influenciam sim na personalidade e motivação de seus usuários. Mesmo que ambas as partes neguem tal alegação, a realidade se impõe.

4. RISCOS AO ARMAZENAMENTO

Do mesmo modo que as mídias sociais coletam dados extensivos dos usuários digitais, inclusive com potencial de venda, embora velada, das informações que seriam, primariamente, privadas, as grandes seguradoras e planos de saúde coletam e auferem seus dados “públicos” a fim de estipular uma faixa de cobrança, aceitar ou negar clientes, fornecer medicamentos e amparar enfermos conveniados.

Grandes redes de hospitais e farmácias realizam algo semelhante.

Ao passo em que possuem um sistema unificado de dados, permitindo que o mesmo cliente possa ir à dois hospitais da mesma empresa sem que realize dois cadastros prévios, por exemplo, ou que ele possa aproveitar de seu cupom no aplicativo da Drogaria X, pertencente a uma vasta rede de drogarias para adquirir medicamentos em qualquer loja desta rede em todo o país, gerando um alto nível de comodidade e fluidez ao usuário, tais tecnologias coletam e armazenam informações de consumo e geolocalização a fim de identificar padrões de consumo e predeterminar possíveis ações futuras.

Sistemas de análise de crédito realizados por seguradoras no momento de aceitar ou não determinado paciente em sua cartela de clientes sofrem influências dessa vasta rede unificada de dados.

Não seria apenas coincidência que marcas como a *Colflex, Dramin, Engov, Finn, Zero-cal, Neo Química, Tamarine, Vitasay, Benegrip, Addera*, dentre outras, além de investimentos no setor de fabricação de fraudas, escovas dentais, itens de higiene bucal e a empresa *My Agencia de Propaganda* são de propriedade da mesma empresa mãe, a *Hypera Pharma*. (Hypera Pharma, 2023).

Mesmo estando estipulado na LGPD (2018) que “a proteção de dados pessoais é um direito fundamental”, a mera existência de corporações com tamanha quantidade de dados privativos computados e armazenados já representa um risco suficiente grande à sociedade brasileira.

Em primeira tese, pressupor que tais dados coletados por entes privados, de pequeno, médio ou grande porte, esteja em total segurança se demonstra leviano por si só.

Dados pessoais coletados por diferentes dispositivos vinculados, ou não, aos grandes servidores podem ser, e são, no melhor dos cenários, utilizados para propagação de mídia e marketing.

5. IMPLICAÇÕES LEGAIS

Por meio da LGPD (2018), em seu artigo 1º, o Estado incumbiu a si o dever de resguardar os dados privativos do povo brasileiro, de modo que o mundo privado, e suas liberdades individuais, de cada cidadão seja preservado e desenvolvido.

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Brasil, 2018).

Tal incumbência se reafirma a medida em que a Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022, adicionou à Carta Magna o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

Isso significa, em última medida, que o Estado tem a responsabilidade autoimposta de garantir a privacidade e a segurança dos dados pessoais dos cidadãos. Além disso, a proteção dos dados pessoais também é garantida de forma indireta através da previsão da ação de habeas data (art. 5º, LXXII, da CF), que busca assegurar ao indivíduo o conhecimento e a possibilidade de buscar a retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Como implicações claras, em sendo dever do Estado presar pelo sigilo pleno de dados privativos de seus cidadãos, podendo aplicar sanções administrativas, inclusive multas, para as chamadas *big techs*, empresas detentoras da maioria dos dados digitais dispostos na *internet*.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - (VETADO). X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Brasil, 2018).

A proteção de dados privativos e sensíveis por parte do estado, como direito fundamental do povo brasileiro se estendeu, por consequência, ao Conselho Federal de Medicina (CFM), principal órgão regulador da atividade profissional ligado à saúde.

O princípio profissional do sigilo e da confidencialidade entre a relação médico x paciente, antes atrelado a meios analógicos, passou a vigorar também em relações digitais antes mesmo do advento do Marco Civil da Internet (2014) e da LGPD (2018).

O artigo 73 do Estatuto de Ética do Conselho Federal de Medicina (EECFM), no qual trata do segredo as informações obtidas no exercício da atividade profissional se comunica de modo impar aos artigos 11 da LGPD e 7º do Marco Civil da internet que dispõem, respectivamente, sobre a garantia da confidencialidade dos dados pessoais dos usuários e da inviabilidade da intimidade e da vida privada, mesmo em ambientes virtuais.

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. (EECFM, 2019, pg. 35).

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas. (Brasil, 2018).

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. (Brasil, 2014).

A responsabilidade coletiva e social quanto a privacidade vem, sobretudo, para atender a princípios éticos e filosóficos que, de modo efetivo, interferem na relação de convívio entre os cidadãos de todas as nações.

No entanto, mesmo em se tratando de direito fundamental, pétreo a qualquer cidadão, estando sob o encargo do Estado, primariamente, o dever de proteger e manter o sigilo a privacidade dos dados digitais, sobretudo sanitários, se estendendo subsidiariamente ao setor privado o dever de preservar e manter sob sigilo os dados pessoais dos consumidores, o próprio Estado se encarrega de prover tais dados sobre o pretexto de "relevante interesse público.

É alçado ao relento direitos fundamentais e inerentes ao indivíduo a fim de justificar uma mera investigação policial, fato corrente é percebido de modo claro na decisão prolatada no Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 61.302-RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual traçou novas diretrizes sobre a quebra de sigilo dos dados informáticos.

2. Mesmo com tal característica, o direito ao sigilo não possui, na compreensão da jurisprudência pátria, dimensão absoluta. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública. (STJ. RMS 61.302-RJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020).

A eminentemente ementa reforça um fato de concordância entre os juristas, nenhum direito é absoluto. Ao ponto em que o direito à privacidade pessoal e, por consequência, aos dados informativos é de caráter pétreo e fundamental, há casos em exceção no qual o sigilo aos dados privativos é quebrado em prol do interesse público.

No caso em epígrafe, foram tratados de dados de geolocalização de registro geral que, de alguma forma, serviriam na identificação de suspeitos de um crime de homicídio.

Por mais que o objetivo fim seja nobre e, no caso fático supracitado de fato é, a ideia de turvar um direito fundamenta ao be prazer do Estado, preconizando "o interesse

público" se torna um risco existencial ao próprio Estado democrático de direito e, por efeito lógico, à própria dinâmica social.

6. NOVAS DINÂMICAS SOCIAIS

O embate entre o avanço tecnológico, os meios digitais e a privacidade de dados médicos e sensíveis assume uma dimensão cada vez mais complexa e crucial no contexto contemporâneo.

No cerne dessa discussão está, sem dúvidas, o equilíbrio delicado entre o progresso tecnológico e a preservação da privacidade inerente ao usuário e dos direitos humanos fundamentais.

A crescente digitalização dos registros médicos e a coleta massiva de dados pessoais impõem desafios significativos para o arcabouço legal existente, prejudicado por uma defasagem grosseira e pouco atenta.

Embora legislações como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, tenham sido promulgadas para estabelecer diretrizes claras sobre o tratamento de dados pessoais e sensíveis, sua implementação e aplicação efetiva ainda enfrentam obstáculos consideráveis.

É difícil precisar de forma objetiva as razões pelas quais o pouco já legislado vem sendo negligenciado nas mais diversas correntes sociais, inclusive do Direito.

Questões como a definição de padrões de segurança cibernética, a responsabilidade pelo vazamento de informações e os limites do consentimento do usuário, por meio dos chamados "termos de uso" continuam demandando atenção e aprimoramento.

Como já citado anteriormente, "*A Dependência de Internet pode ser encontrada em qualquer faixa etária, nível educacional e estrato sócio-econômico*" (CRISTIANO ABREU, 2008), tais características, em se tratando da volubilidade do extrato social no qual as redes virtuais se abrangem, impõem um risco social que, ao meu ver, é bastante negligenciado.

Além disso, aspectos éticos emergem no contexto da e-saúde, levantando questionamentos sobre a autonomia do paciente, a confidencialidade das informações médicas e o uso ético dos dados para pesquisa e desenvolvimento científico e cultural.

Embora imposto à toda classe médica brasileira, mediante o Estatuto de Ética Médica, é de notório saber que, independentemente do nível de vigilância e curadoria, se denota virtualmente impossível garantir pela proteção dos dados privativos de todos os pacientes de todos os profissionais da saúde.

A proteção da privacidade não deve ser apenas uma obrigação legal, abarcada como dever próprio do Estado, mas também um imperativo ético para todas as partes envolvidas.

O que, infelizmente, não pode ser garantido.

7. IMPACTOS CULTURAIS

O avanço das tecnologias digitais tem transformado profundamente a dinâmica social e cultural, influenciando não apenas a forma como interagimos, mas também nossa percepção de privacidade, segurança e liberdade, fato que se corrobora a medida em que os indivíduos recorrem cada vez mais às mídias digitais como meio formador de prova idônea para a solução de seus próprios conflitos.

Mas a cena muda quando tratamos da aplicabilidade de normas legais e soberanas de um Estado-Nação em um ambiente turvo e obscuro como as mídias digitais, por exemplo.

No artigo "A Regulação de Conteúdo nas Redes Sociais: uma breve análise corporativa entre o NetzDG e a solução brasileira" publicada em 2022 por Gabriel Brega, fica nítido que a solução brasileira, mediante Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e, posteriormente, a LGPD, se demonstra leviana e ultrapassada, não se aplicando a correntes e evoluções sociais dos últimos anos como se esperava que se aplicaria.

Contudo, ao se analisar um sistema jurídico que adotou um regime de responsabilização distinto, mais severo, percebe-se que o resultado obtido não é satisfatório. Os provedores de redes sociais, ainda que ameaçados por multas milionárias, acabaram por remover mais aquilo que está em desacordo com sua política interna. Ainda que se imponha maior celeridade ao processo de análise, e que certos conteúdos que antes não seriam removidos passem a ser, as consequências negativas de tal disposição não compensam os parcisos ganhos. A propósito, além dos riscos para a liberdade de expressão, há a alocação de um poder excessivo nas mãos dos provedores, que passam a exercer a função de interpretação da lei (e não somente de suas diretrizes internas), o que deveria ser feito somente pelo Poder Judiciário. (Brega, 2022, p. 21).

A proliferação de mídias sociais, dispositivos conectados e aplicativos de saúde cria novas oportunidades de acesso à informação e serviços, mas também expõe os usuários a riscos de vigilância, manipulação e discriminação.

A noção de privacidade, antes associada principalmente ao espaço físico, agora é permeada pela esfera digital, onde nossas atividades online deixam rastros permanentes. Isso levanta questões sobre o controle e a propriedade dos dados pessoais, bem como sobre a transparência e a prestação de contas das entidades que os coletam e utilizam.

Em termos culturais, a crescente dependência de tecnologias digitais pode influenciar padrões de comportamento, percepções de identidade e até mesmo a saúde mental das pessoas.

O fenômeno do "vício em tela" e a pressão social exercida pelas mídias sociais por um padrão cada vez mais fantasioso destacam a necessidade de uma abordagem holística para lidar com os impactos psicossociais do mundo digital, muito além de meras implicações jurídicas que uma geração consolidada por mecanismos como "*deep fakes*" e Inteligências Artificiais.

8. E-SAÚDE E OS DESAFIOS DA POLÍTICA PÚBLICA E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A implementação da e-saúde, especialmente no contexto brasileiro, apresenta desafios significativos quando consideramos a complementaridade ou suplementaridade em relação às políticas públicas de saúde.

A e-saúde, que abrange a utilização de tecnologias da informação e comunicação (TIC) para melhorar os serviços de saúde, enfrenta obstáculos específicos quando

integrada com a política pública suplementar, que se refere aos serviços de saúde oferecidos por empresas privadas de seguro saúde.

No Brasil, o sistema de saúde é marcado pela coexistência do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos serviços privados de saúde. A e-saúde, como meio tecnológico e modalidade una a si, precisa lidar com essa fragmentação, garantindo interoperabilidade entre sistemas públicos e privados para fornecer uma experiência de saúde contínua e integrada para os pacientes, de modo uníssono a garantir a privacidade e segurança dos usuários.

Um fator que talvez nos ajude a compreender a escassa entrada do campo de políticas públicas (ou *Policy Sciences*) no campo da saúde pública é o fato de que se trata, ao contrário do que ocorre com outras práticas disciplinares, de uma perspectiva analítica voltada para problemas sociais e políticos específicos, visando inclusive a intervenção, tornando a abordagem necessariamente multidisciplinar e explicitamente orientada por valores. (Oliveira, 2016, p. 4).

A interoperabilidade entre sistemas de informação de saúde é essencial para garantir a eficiência e a qualidade do atendimento ao paciente.

A política pública suplementar, modalidade popular por sua flexibilidade e preços competitivos, caracteriza-se pela divisão dos custos de planos de saúde entre empresas, empregados e aposentados. No entanto, essa modalidade apresenta particularidades na gestão de dados de saúde que exigem atenção redobrada à luz da LGPD.

Diferentes entidades, como empresas, operadoras e prestadores de serviços, manipulam os dados do paciente, aumentando o risco de violações e dificultando o controle do fluxo de informações.

A natureza da política cúbica exige o compartilhamento de dados entre os envolvidos, o que requer protocolos robustos de segurança e transparência para garantir a privacidade do paciente.

O compromisso do setor Saúde na articulação intersetorial é tornar cada vez mais visível que o processo saúde-adoecimento é efeito de múltiplos aspectos, sendo pertinente a todos os setores da sociedade e devendo compor suas agendas. Dessa maneira, é tarefa do setor Saúde nas várias esferas de decisão convocar os outros setores a considerar a avaliação e os parâmetros sanitários quanto à melhoria da qualidade de vida da população quando forem construir suas políticas específicas. (Brasil, 2010, p. 14)

Veja, a integração da e-saúde com a política pública suplementar levanta questões adicionais sobre quem tem acesso aos dados de saúde dos pacientes e como esses dados são protegidos contra acessos não autorizados.

Ataques cibernéticos se tornam uma ameaça ainda maior, com o potencial de comprometer dados confidenciais de milhões de pacientes. Obter o consentimento livre e esclarecido dos pacientes para o compartilhamento de seus dados em um ambiente digital complexo torna-se uma tarefa árdua.

A integração da e-saúde com a política pública suplementar deve ser guiada pelo princípio da equidade no acesso aos serviços de saúde. É essencial garantir que a adoção de tecnologias de saúde digital não amplie as disparidades existentes no acesso aos cuidados de saúde entre aqueles que dependem exclusivamente do SUS e aqueles que têm acesso a planos de saúde privados.

Mas é algo plausível de ser invertido ou, ao menos, retardado.

A criação de leis e normas específicas para a política pública suplementar, que detalhem as responsabilidades de cada ator e os protocolos de segurança para a gestão de dados, são fundamentais. Tais normas devem estar em consonância com os princípios da LGPD, como a finalidade específica, a adequação, a necessidade, a transparência, a segurança, a não discriminação e a prestação de contas.

Um outro meio possível seria a implementação de mecanismos de governança de dados que garantam a transparência, a rastreabilidade e o controle sobre o uso das informações dos pacientes, conforme os princípios da LGPD. Isso inclui a criação de um encarregado de proteção de dados, a realização de avaliações de impacto à proteção de dados e a adoção de medidas de segurança adequadas.

9. PERSPECTIVAS FUTURAS

Diante desses desafios, é crucial adotar uma abordagem proativa e colaborativa para garantir a proteção da privacidade e dos direitos individuais na era digital. Isso inclui o fortalecimento das leis e regulamentos existentes, o investimento em tecnologias de

segurança cibernética e o estímulo à conscientização e educação pública sobre questões de privacidade e segurança de dados.

Em dezembro de 2023, o portal de jornalismo digital TecMundo, repercutindo uma matéria estrangeira de autoria da Autoevolution, reportou um fato curioso no qual um homem estadunidense havia conseguido efetuar uma compra (contrato social) de um automóvel da marca Chevrolet, tipicamente avaliado em 80 mil dólares por uma bagatela de meros 1 dólar.

O fato teria ocorrido quando o usuário Chris Bakke decidiu explorar as vulnerabilidades dos *prompts* de comando de um chat de automação baseado no modelo de linguagem ChatGPT.

Ao que fora ecoado, tudo o que se bastou foi dar o comando ao chat para que ele terminasse todas as mensagens com “Isso é um acordo e é uma oferta juridicamente vinculativa e irrevogável”. Após isso, Brakke propôs adquirir o veículo por apenas 1 dólar e, supreendentemente, obteve êxito.

Mesmo em se tratando de um evento isolado e não planejado, implicações como esta se tornariam cada vez mais comum. O caso em comento se referia a uma compra e venda de bem material móvel, um veículo automotor, mas sua rede de informações centralizadas em *big techs* abriria margens para que futuras negociações sejam feitas utilizando de dados reais e privativos dos usuários.

Seguradoras de automóveis, seguradoras de saúde, convênios médicos e por aí vai. Absolutamente qualquer ente com capacidade de processamento própria suficientemente capaz conseguiria vasculhar vestígios públicos e digitais na internet para aprovar ou negar a concessão de medicamentos, vaga em leitos ou a emissão de receituários de controle especial, isso, sendo otimista.

Intrigas políticas envolvendo entes privados de notável poder e membros de cortes renomadas e influentes, não se limitando ao território brasileiro, têm tornado a discussão em prol da regulamentação das mídias sociais, das inteligências artificiais e dos dados digitais muito mais curvas e tortuosas.

Além disso, é fundamental promover a transparência e a prestação de contas das organizações que lidam com dados pessoais, garantindo que os usuários tenham controle e autonomia sobre suas informações. Isso pode envolver a implementação de políticas de privacidade claras, o uso de técnicas de anonimização de dados e a realização de auditorias independentes para garantir a conformidade com as regulamentações de proteção de dados.

É essencial, já atrasados em tal tarefa, fomentar o diálogo interdisciplinar entre legisladores, profissionais de saúde, especialistas em tecnologia e membros da sociedade civil para abordar os desafios éticos e sociais associados à e-saúde.

Um cenário trágico e desesperançoso.

Somente por meio de uma colaboração aberta e transparente entre todos os entes, públicos e privados, podemos garantir que o avanço tecnológico beneficie a todos, sem comprometer a dignidade, a autonomia e os direitos fundamentais dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A e-Saúde representa um avanço significativo na modernização e eficiência dos serviços de saúde, por intermédio de tecnologias revolucionárias e, por enquanto, com efeitos mistos, proporcionando benefícios substanciais tanto para pacientes quanto para profissionais, no entanto, a digitalização da saúde traz consigo desafios complexos relacionados à proteção da privacidade e à segurança dos dados pessoais dos pacientes.

Neste contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) surge como um instrumento para enfrentar esses desafios, mesmo que nascendo ultrapassada, ela consegue estabelecer diretrizes sobre o tratamento de dados pessoais e reforçando a necessidade de medidas robustas de segurança e governança.

Ao longo deste trabalho, foram abordados os diversos aspectos e implicações da e-Saúde no contexto brasileiro, à luz da LGPD e do Marco Civil da Internet.

A análise revelou que, embora a digitalização ofereça inúmeros benefícios, como o acesso mais rápido e eficiente a informações de saúde, a melhoria na qualidade dos

cuidados e a facilitação da comunicação entre profissionais e pacientes, ela também apresenta riscos significativos à privacidade e ao sigilo dos dados pessoais.

A implementação da LGPD na e-Saúde enfrenta desafios diversos, incluindo a necessidade de uma cultura organizacional focada na privacidade e segurança dos dados, a capacitação contínua dos profissionais de saúde, a adequação das infraestruturas tecnológicas às exigências legais e a interoperabilidade dos sistemas de informação.

Para superar esses desafios, este trabalho destacou a importância de adotar melhores práticas e estratégias específicas, como o uso de criptografia, anonimização de dados, e o estabelecimento de políticas públicas claras e efetivas de governança de dados.

As principais recomendações deste estudo incluem: a) Adequação Tecnológica; b) Gestão de Consentimentos; c) Governança de Dados; e d) Políticas Públicas Assertivas.

As instituições de saúde devem adotar tecnologias que garantam a segurança dos dados, como sistemas de criptografia e mecanismos de anonimização, e assegurar a interoperabilidade dos sistemas de informação de saúde. Do mesmo modo, deve-se implementar sistemas eficazes de gestão de consentimentos, garantindo que os pacientes sejam devidamente informados e que seus direitos sejam respeitados conforme previsto na LGPD.

Em suma, a e-Saúde, quando implementada de forma responsável e segura, tem o potencial de transformar positivamente o sistema de saúde no Brasil.

Porém, a LGPD fornece apenas uma base regulatória com o mínimo necessário para proteger os dados pessoais dos pacientes, mas sua efetiva implementação depende do comprometimento de todos os atores envolvidos.

Nesse cenário, a população fica à mercê de novas legislações específicas resguardando direitos já consolidados de privacidade e segurança, mesmo em ambientes digitais, controlados ou não por corporações de mídia e tráfego digital, com ou sem termos de uso abrangendo tais considerações.

E-HEALTH AND THE CHALLENGES TO PRIVACY PROTECTION IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF PATIENT PERSONAL DATA MANAGEMENT UNDER LAW N° 13.709/2018

ABSTRACT

Technological evolution has significantly impacted the healthcare sector, especially through e-Health, which encompasses the use of information and communication technologies in the delivery of health services. This article analyzes the challenges of privacy protection in e-Health in Brazil, focusing on the management of patients' personal data in light of the LGPD. E-Health includes electronic health records, telemedicine, mobile health applications, and wearable devices, each with distinct implications for the collection and use of personal data. The challenges include the need for a culture of privacy, continuous professional training, and the adaptation of technological infrastructures. This study employs an exploratory methodology and a literature review to analyze the nuances of the right to health and privacy, offering a critical analysis of data management in e-Health and strategies to overcome obstacles in implementing a secure digital environment.

Keywords: e-Health. General Data Protection Law (LGPD). Data security. Privacy.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cristiano Nabuco de et al. Dependência de Internet e de jogos eletrônicos: uma revisão. *Brazilian Journal of Psychiatry* [online]. 2008, v. 30, n. 2, pp. 4. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1516-44462008000200014>>. Epub 23 Jun 2008. ISSN 1809-452X. <<https://doi.org/10.1590/S1516-44462008000200014>>. [acesso em: 05 fev. 2024].

ALMEIDA, Siderly do Carmo Dahle de; SOARES, Tania Aparecida. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD no cenário digital. *Perspectivas em Ciência da Informação* [online]. 2022, v. 27, n. 03, pp. 26-45. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1981-5344/25905>>. [acesso em: 11 dez. 2023].

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. [acesso em: 24 nov. 2023].

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. [acesso em: 12 fev. 2024].

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. [acesso em: 02 dez. 2023].

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Política Nacional de Promoção da Saúde. 3. ed. – Brasília, DF, 2010. Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_promocao_saude_3ed.pdf>. [acesso em: 09 fev. 2024].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), RMS 61.302-RJ. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2020, DJe 04/09/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=interceptacao+telefonica+&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=null&l=20&i=1>>. [acesso em: 10 mar. 2024].

COBO, Barbara; CRUZ, Claudia; DICK, Paulo C. Desigualdades de gênero e raciais no acesso e uso dos serviços de atenção primária à saúde no Brasil. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2021. v. 26, n. 09 pp. 4021-4032. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232021269.05732021>>. [acesso em: 21 nov. 2023],

CNN Brasil. Veja os cinco principais momentos do depoimento do CEO do TikTok ao Congresso dos EUA. 2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/veja-os-cinco-principais-momentos-do-depoimento-do-ceo-do-tiktok-ao-congresso-dos-eua/>>. [acesso em: 23 dez. 2023].

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. [online]. p 35. 2019. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. [acesso em: 27 fev. 2024].

MEA, Vincenzo Della. What is e-Health (2): The death of telemedicine? National Library of Medicine [online]. 2001. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1761900/>>. [acesso em: 13 dez. 2023].

DESLANDES, Suely; COUTINHO, Tiago. Pesquisa social em ambientes digitais em tempos de COVID-19: notas teórico-metodológicas. Cadernos de Saúde Pública [online]. 2020, v. 36, n. 11. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00223120>>. [acesso em: 11 dez. 2023].

DEUTSCHE WELLE (DW). Crise Yanomami evidencia carências da saúde indígena. 21 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/crise-yanomami-evidencia-car%C3%A3ncia-da-sa%C3%BAde-ind%C3%ADgena-no-brasil/a-64732271>>. [acesso em: 21 dez. 2023].

HYPERA PHARMA. Comporate Profile. 01 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://ri.hypera.com.br/en/hypera-pharma/corporate-profile/>>. [acesso em: 11 dez. 2023].

LIMA, Ana Paula de Freitas; FREIRE, Fabio de Melo. O impacto das redes sociais nos litígios civis: um estudo empírico sobre o uso do Facebook e Twitter em processos judiciais brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 17, n. 54, p. 3-28, 2020.

NEXO POLÍTICAS PÚBLICAS. 6 pontos sobre a relação entre comunicação e saúde. 14 de junho de 2021. Disponível em: <<https://pp.nexojornal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2021/6-pontos-sobre-a-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-comunica%C3%A7%C3%A3o-e-sa%C3%BAde>>. [acesso em: 28 nov. 2023].

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Saúde Pública e Políticas Públicas: campos próximos, porém distantes. *Saúde e Sociedade*. v. 25, n. 4, p. 880–894, out. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/P5QhLTrKxx7MZNH9scfcTDh#>>. [acesso em: 10 mai. de 2024].

REECE, A.G.; DANFORTH, C.M. Instagram photos reveal predictive markers of depression. *EPJ Data Sci.* 6, 15 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1140/epjds/s13688-017-0110-z>>. [acesso em: 05 fev. 2024].

SHARECARE. Quais são os prós e contras do avanço da tecnologia na saúde. 01 de junho de 2022. Disponível em: <<https://sharecare.com.br/blog/avanco-da-tecnologia-na-saude/>>. [acesso em: 17 de nov. 2023].

TECMUNDO. ChatGPT vende carro de US\$ 80 mil por US\$ 1 ao atender cliente. 22 de dezembro de 2023. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/275314-chatgpt-vende-carro-us-80-mil-us-1-atender-cliente.htm>>. [acesso em: 11 mar. 2024].

UBISOFT MONTREAL. Watch Dogs 2. [S.I.]: Ubisoft, 2016. 1 CD-ROM. Disponível em: <https://store.ubisoft.com/ofertas/watch_dogs_2/574d3a8aca1a64fb3b8b4567.-html?lang=pt_BR>. [acesso em: 14 out. 2022].

INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA TRAZIDO PELA LEI N° 13.964/2019

Mateus de França Freitas²⁹

Jônathas Guedes Santos³⁰

Gabriel de Castro Borges Reis³¹

RESUMO

O art. 385 do CPP permite que o juiz condene mesmo quando a acusação (neste ato, Ministério Público) pede a absolvição. Dessa maneira, há um claro retrocesso ao sistema inquisitorial, pois possibilita a atuação do juiz de ofício à medida que condena sem pedido. Isso se consuma numa flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade, porquanto, haja vista as garantias que o texto constitucional traz e, o advento do art. 3º-A do CPP, nota-se a estrutura acusatória do Processo Penal. Destarte, tal dispositivo deve ser declarado inconstitucional pela ADPF 1122, para que se caminhe a uma verdadeira democratização do Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Incompatibilidade. Art. 385 do CPP. Princípio Acusatório. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O processo penal, na expressão de Lopes Jr., perfaz numa “instrumentalidade constitucional” (Lopes Jr., 2024, p. 13), visto que proporciona, dentro dele (processo), a efetivação das garantias do réu dispostas constitucionalmente, que transformam-se em proteção a ele face a uma instituição³² maior e mais forte que lhe será opositora. Mas, além disso, também serve à concretização do Direito Penal, pois somente se concebe a aplicação de sanção penal através de um processo (Princípio da Necessidade).

À vista disso, é pacífico a concepção de que punir é necessário, civilizatório (Lopes Jr., 2024). Partindo dessa premissa, é necessário constituir os moldes de como punir,

²⁹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: mateusdefrancafreitas@gmail.com.

³⁰ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: jonathasguevedes604@gmail.com.

³¹ Professor orientador, mestre pelo programa de Pós-Graduação interdisciplinar de Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPGDH/UFG). E-mail: gcborgesreis@hotmail.com.

³² Segundo a corrente que defende o processo como instituição, esta (instituição), seria um empreendimento que surge num determinado momento, mas torna-se autônomo e autossuficiente, o qual supõe-se ser o Estado (item 2.2).

dado que, vivendo em um Estado que prima pela democracia e estabelece direitos e garantias aos cidadãos, não é mais aceito um “penar a qualquer custo”, no sentido de se usar o processo penal para validar ideias pré-concebidas negativamente em face do réu, suprimindo lhe qualquer direito, proteção, garantia, salvaguarda, remetendo-se a um contexto medievo.

Nesse sentido, sendo o Processo Penal um organismo cuja função é dar eficácia aos direitos fundamentais (Lopes Jr., 2024) e assim, permitir a aplicação de uma pena, é preciso respeitar suas regras, seus institutos, para que seu desfecho – que pode ser uma condenação – seja legítimo. A obediência às “regras do jogo” – na clássica expressão de Aury Lopes Jr. – (Lopes Jr., 2024, p.97) se desponta como um pressuposto de validade do resultado do processo (absolvição ou condenação) ao passo que enquadram-se, também, como um termômetro destinado a aferir a natureza democrática (ou autoritária) de uma nação (Goldschmidt *apud* Lopes Jr., 2024).

Cabe salientar também, que a submissão às diretrizes processuais não dá ensejo à impunidade como, muitas vezes, prega o senso comum, ao contrário, faz como que seja possível (se for o caso) a punição, mas apenas a balizam sob um aspecto processual civilizatório, humano, democrático.

No entanto, em que pese ser democrática a Constituição brasileira; embora traga em seu rol, direitos fundamentais; apesar de a Lei 13.964/19 inserir a estrutura acusatória ao Processo Penal (através do art. 3º-A), ainda observa-se as raízes inquisitoriais do Código de Processo Penal (CPP), permitindo, em várias situações que o juiz aja de ofício, convertendo-se, portanto, em parte do processo, e não se contendo na posição que deveria ter, qual seja a de, tão-somente, sujeito do processo.

Logo, mostra-se necessário o abandono dessa natureza (inquisitorial) e a consequente declaração de dispositivos que permitem essa ação (*ex officio*), em inconstitucionais.

1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL E DE SEU OBJETO

A construção do processo penal passa, sem dúvida, pela análise dos sistemas processuais penais. Tais institutos, têm o condão de formar a maneira como será conduzido o processo, o tratamento do réu e, principalmente, a relação e a função dos sujeitos e partes do processo.

Nesse sentido, de acordo com a ideologia predominante, a estrutura processual penal passara por mudanças ao longo dos séculos. Conforme assinala Aury Lopes Jr. (2023), o sistema acusatório prevaleceu, aproximadamente até o século XII, sendo substituído, gradualmente, pelo sistema inquisitório, que vigorou até ao final do século XVIII, pois, os movimentos de caráter político, social e ideológico, fizeram com que o modelo acusatório ganhasse espaço novamente, visto que estava mais alinhado aos princípios surgidos com os tais movimentos.

Além disso, cabe salientar também, a importância de se definir qual seria o fim do processo penal, para que ele serve, qual o sentido de se haver um processo, o que ele busca, ou seja, qual o seu objeto.

1.1 Sistema processual inquisitório

O Sistema Processual Inquisitório remonta a um modelo histórico que evoluiu ao longo dos séculos. Antes do século XII, o sistema acusatório era predominante, exigindo a presença de um acusador legítimo nos processos. Entre os séculos XII e XIV, o modelo acusatório deu lugar gradualmente ao inquisitório.

Inicialmente, o sistema se baseava na valoração legal das provas, onde a sentença não era definitiva e a prisão do acusado durante o processo era comum.

No século XIII, foi estabelecido o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, visando reprimir heresias e tudo que contradisse os Mandamentos da Igreja Católica. O processo evoluiu para investigações conduzidas por comissões mistas.

O caráter inquisitório centraliza as funções nas mãos do juiz, que não apenas busca provas, mas também as produz e decide com base nelas, eliminando a imparcialidade.

Autores como Jacinto Coutinho (*apud* Lopes Jr, 2023) e outros apontam para a natureza problemática desse sistema, destacando a confusão entre juiz e acusador, resultando em julgamentos preconceituosos e comprometendo a imparcialidade.

A Inquisição aboliu a acusação e a publicidade, permitindo ao juiz-inquisidor atuar em sigilo, registrando as declarações das testemunhas sem revelar suas identidades ao réu.

Esse sistema prevaleceu até o final do século XVIII e início do XIX, sendo gradativamente substituído pelos ideais da Revolução Francesa, que valorizavam o homem e iniciaram a transição para um sistema misto, perdurando até os dias atuais.

Em resumo, o sistema inquisitório perdeu credibilidade, principalmente pela crença equivocada de que uma mesma pessoa poderia desempenhar funções tão diversas quanto investigar, acusar, defender e julgar.

Suas principais características incluem a gestão probatória pelo juiz, a ausência de separação entre acusação e julgamento, a atuação do juiz de ofício, a falta de imparcialidade, a inexistência de contraditório pleno e a desigualdade de oportunidades entre as partes.

1.1.1 Contexto Histórico do Código de Processo Penal

Este sistema inquisitorial, quando da análise do CPP – promulgado no ano de 1941 pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período conhecido como Estado Novo – nota-se que o revestiu, haja vista o contexto histórico de sua promulgação. Este código fora totalmente inspirado pelo regime autoritário de Getúlio Vargas, em consonância com a constituição de 1937, que ficou conhecida como “polaca”, pois era guiada pelo fascismo italiano e polonês. (Silveira, 2015).

O Brasil no ano de 1941 estava passando por uma série de transformações políticas e sociais. Getúlio Vargas, que havia chegado ao poder em 1930, consolidou seu domínio através do Estado Novo, um regime autoritário que governou o país até 1945.

Durante esse período, Vargas implementou uma série de reformas políticas e econômicas. (Silveira, 2015).

Em seu governo, suspendeu a Constituição Republicana, fechou as Casas Legislativas, além de nomear intervenidores para comandar os entes estaduais. No "Estado Novo", Vargas colocou em prática seu autoritarismo e imperava no país a intolerância à oposição política. O período era marcado pelo totalitarismo e esse modo de governo recebia o apoio das elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes. (Giacomolli, 2015).

Nesse contexto, para sustentar um governo assim, a população deveria ser controlada e a oposição neutralizada, e uma das formas de se efetuar esse controle era usar o sistema criminal. Então, à vista disso, sucumbia-se qualquer direito ou garantia fundamental, respeito à dignidade humana, Estado de Direito, democracia; aliás, tais institutos eram vistos como obra demoníaca. (Giacomolli, 2015). Em meio a essa situação de mudança e clamor por reformas, o governo de Vargas promulgou em 03 de outubro de 1941 um marco histórico: o novo Código de Processo Penal (CPP). Este entrou em vigor em 01 de janeiro de 1942, substituindo o antigo código de processo criminal. (Silveira, 2015).

Desse modo, sendo a ideologia fascista que imperava à época, esta não cria na paz, mas deitava suas bases na guerra, tendo reflexo disso no Processo Penal que era usado para combater o acusado, que representava a figura de um inimigo do Estado, da sociedade. O resultado disso fora a construção de um processo penal inquisitorial, servindo a um anseio estatal de repelir do convívio social o imputado, que era tido como seu adversário, numa funcionalidade repressora, punitiva, autoritária, suprimindo qualquer espécie de direito do acusado. (Giacomolli, 2015).

Esta natureza inquisitorial do CPP é notável quando da análise de alguns dispositivos deste Diploma Legal. Influenciado pela ideia da busca da verdade real – muito sedutora no meio processual, porém incompatível com o âmbito penal –, o CPP autoriza em muitas hipóteses a ação de ofício do juiz, como a requisição de ofício de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP) e decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP). Também o

art. 156 do CPP possibilita a determinação da produção de provas, já o art. 383 permite que o magistrado dê uma qualificação diversa da proposta pela acusação, ainda que o acusado não tenha se defendido. (Giacomolli, 2015). Ainda no CPP, tem-se a previsão contida no art. 385 que outorga ao juiz a faculdade de condenar mesmo quando a acusação pleitear a absolvição.

Portanto, percebe-se o caráter inquisitivo do CPP e sua dissonância com a atual Constituição, que, pelas garantias que carrega, assume um perfil acusatório no Processo Penal.

1.2 Sistema processual acusatório

A partir de determinadas revoluções de caráter ideológico, o processo penal fora ganhando nova face, saindo de um modelo inquisitorial e partindo a uma roupagem acusatória. Isso se deu, haja vista o advento de movimentos, como a Revolução Francesa (1789-1799), que reivindicava a observância de direitos (já existentes) os quais por um momento foram suprimidos no período medieval.

Assim, conforme os novos ideais da referida revolução, estes tiveram reflexos no processo penal que passara a tratar o réu não mais como um objeto do processo, mas como um sujeito de direitos e garantias.

Diferentemente, do sistema inquisitorial, o acusatório traz uma outra perspectiva da figura do juiz que, segundo Aury Lopes Jr, sua posição, na estrutura processual, é fundante (Lopes Jr., 2023). Ainda, nesse sentido, o autor acrescenta: "Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador" (Lopes Jr, 2023, p. 21).

A gestão da prova sendo de iniciativa das partes, um juiz não mais ator, mas espectador, a separação de funções, permite a possibilidade de efetivação da imparcialidade (Lopes Jr., 2023). Consoante lição de Lopes Jr (2023, p. 21), na configuração do "sistema processual", e consequente construção do processo penal, deve-se "atentar para a garantia

da ‘imparcialidade do julgador’, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo à luz da Constituição”.

No momento em que este sistema assegura a imparcialidade do julgador, isto leva a uma segurança ao processo penal, pois a imparcialidade do juiz é o princípio central do processo. Desse modo, pode-se inferir que o sistema processual acusatório é caracterizado pela cristalina distinção entre as figuras do julgador e das partes; iniciativa nas mãos das partes; juiz espectador (não mais atuante no processo, mas como um terceiro imparcial, alheio à produção probatória); igualdade de oportunidades no processo; assegurado contraditório e ampla defesa; ausência de tarifa probatória, tendo como consequência o livre convencimento motivado do órgão jurisdicional na prolação da sentença, duplo grau de jurisdição e possibilidade de impugnação das decisões (Lopes Jr., 2023).

1.2.1 Objeto do Processo Penal: Pretensão Punitiva ou Pretensão Acusatória?

Sendo adotado então o sistema acusatório como estruturador do processo penal, há de repensar qual seja o objeto deste, pois, na era inquisitorial, fora o réu, desprovido de qualquer garantia. No entanto, com a estrutura acusatória, o réu é sujeito de garantias, não servindo mais a um aparelhamento que o pretende segregar da sociedade, pois era considerado um inimigo do Estado. Assim, não é mais objeto do processo.

Muitas vezes, a doutrina jurídica é criticada por sua tendência em confundir o fato punível com o verdadeiro objeto do processo, ignorando que a simples existência de um crime não é suficiente para iniciar os procedimentos legais. É imprescindível que haja uma formalização da acusação por meio de uma declaração específica, representando o exercício formal da pretensão acusatória. Dessa forma, o objeto do processo transcende o caso penal em si, sendo a acusação, como um todo, o foco principal, onde o caso penal é apenas um dos elementos que a compõem. (Lopes Jr., 2024).

Cônsono ensino de Karl Binding (*apud* Lopes Jr., 2023), o objeto do processo penal consiste em uma pretensão punitiva. Porém, colocá-lo desta maneira, poderá ensejar-se em aparente erro, pois assim é dado uma natureza civilista ao processo penal, como se órgão acusador, em sua função denunciante, buscasse o “saldo de uma dívida”, atuando como verdadeiro “‘credor’ de uma pena” (Lopes Jr., 2023). Nota-se que a natureza do processo penal e civil é amplamente diversa.

O princípio da Necessidade é quem rege o processo penal. Isso significa dizer que, para se chegar a efetivação do Direito Penal e ser, consequentemente, aplicado uma sanção penal a alguém, é necessário antes ter havido um processo, com todas as suas implicações e garantias. Ocorre que no âmbito cível, embora haja uma pretensão a ser buscada, essa pode ser solucionada fora da esfera processual, o que é conceituada por pretensão resistida (Carnelutti *apud* Lopes Jr., 2023).

Segundo Guasp, o “objeto do processo é a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo e não confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim” (Guasp *apud* Lopes Jr., 2023, p. 103). Assim, entende-se que o objeto do processo penal, exercido pelo órgão acusador (nos casos das ações penais públicas, Ministério Público), é a pretensão acusatória. O *parquet*, quando da existência de indícios de prática de um crime (*fumus comissi delicti*), cumpre a tarefa de “acusar”. O poder de punir somente cabe ao juiz, quando acolher a acusação. Desse modo, afigura-se que o poder de punir é condicionado, por força do sistema acusatório (item 2.2), ao exercício da acusação (Lopes Jr., 2023).

1.3 Sistema processual misto

O Sistema Processual Misto, nascido com o Código Napoleônico de 1808, estabelece uma divisão do processo em duas fases: pré-processual e processual. A primeira é inquisitória, enquanto a segunda é acusatória, formando a definição geralmente atribuída ao sistema brasileiro. Porém, essa concepção tradicional do sistema misto é

criticada por sua redução, já que todos os sistemas modernos são, de certa forma, mistos, e os modelos puros são referências históricas.

Além disso, a ideia de separação inicial das funções de acusar e julgar não é suficiente para caracterizar um sistema acusatório. É essencial analisar qual princípio fundamenta a estrutura predominante, se é o inquisitivo, com o juiz gerindo a prova, ou o acusatório, com as partes gerenciando-a.

A imparcialidade é o princípio supremo do processo, e a busca pela verdade factual é essencial. Isso exige que a gestão da prova seja claramente definida pelos princípios acusatório (com as partes controlando a prova) e inquisitivo (com o juiz atuando nessa função), conforme argumenta Jacinto Coutinho (*apud* Lopes Jr., 2023). Ele ressalta que não existe um princípio misto; os sistemas são essencialmente puros, podendo emprestar elementos secundários uns dos outros.

A iniciativa probatória nas mãos das partes é crucial para preservar a imparcialidade do juiz. O contraditório, fundamental em democracias, só é plenamente viável em uma estrutura acusatória, na qual o juiz se mantém neutro, garantindo igualdade de tratamento às partes, diferentemente do viés inquisitorial que carece desse equilíbrio.

2. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Questão de extrema relevância para compreender o processo penal é entender sua fenomenologia, sua essência, em outras palavras, sua natureza jurídica. A respeito do assunto, ao longo da história surgiram algumas correntes com o fim de definir qual seria a natureza jurídica do processo judicial, em especial o processo penal.

Dentre tais correntes, cabe destacar: o processo como categoria obrigacional; o processo como instituição (Guasp); o processo como relação jurídica (Bülow); o processo como situação jurídica (Goldschmidt) e, por fim, o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari).

2.1 O processo como categoria obrigacional

Nesse período, ambos os processos, tanto o civil quanto o penal, eram vistos como uma espécie de contrato ou quase-contrato.

Esse pensamento nasceu por influência das primeiras fases do Direito Romano, em que os litigantes compareciam ante ao pretor para resolução da demanda, este rito era denominado *litis contestatio*. Ali, autor e réu, aceitavam a substituição de sua demanda pela decisão a ser proferida pelo pretor. Sem esse “aceite”, o processo não poderia iniciar-se. Por este motivo, é que então essa concepção de processo era definida como contrato ou quase-contrato (Ramos, 2018).

A crítica a esse posicionamento a respeito do processo vem pelo fato de se tratar o mesmo como uma ramificação do Direito Material, como um acordo de vontade (contrato ou quase-contrato), sendo assim uma contração de uma obrigação.

Ocorre que o processo é conduzido por um representante do Estado (julgador), com implicações, princípios e regras distintas do Direito Material. Aqui é o Estado, por via de seu representante (julgador) é quem decide a causa, sendo, portanto, uma categoria de Direito Público, e não um instrumento de vontades em que as partes podem impor e decidir as regras (cláusulas contratuais). Neste momento, é a lei quem impõe as normas, tornando assim o processo como uma categoria própria do Direito: Direito Processual; com natureza de Direito Público.

Destarte, é inconcebível esta natureza com o Processo Penal, porquanto transporta as categorias de Direito Privado (Civil), para o Direito Processual Penal, o que é incompatível (item 1.2.1), correndo o risco de se confundir qual seja o verdadeiro objeto do Processo Penal, e, podendo também carregar o conceito de lide (item 4.1) para esta seara, o que não é configurado neste espaço (Lopes Jr., 2024).

2.2 O processo como instituição

Esta corrente de pensamento, a qual teve início no século XX na França, preconizava, ser o Direito, a manifestação legal da instituição, que pode ser definida como um empreendimento que surge num certo momento, mas que se torna autossuficiente e autônomo (Ramos, 2018).

O principal expoente dessa categoria, em especial na seara penal, fora Jaime Guasp Delgado (1913-1986). De acordo como autor, o processo é uma instituição (Ramos, 2018), assim, o processo seria, conforme Guasp: “[...] um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, à qual ficam vinculadas, seja essa ou não sua finalidade específica, as diversas vontades particulares dos sujeitos de quem procede aquela atividade” (Guasp *apud* Ramos, 2018, p. 4).

Cônsena lição de João Gualberto Garcez Ramos, a problemática relacionada a essa categoria é que há uma gama de conceitos que dificultam a precisão de um conceito que realmente defina esse pensamento (Ramos, 2018).

2.3 O processo como relação jurídica

O processo como relação jurídica tem como principal expoente Oskar Bülow (1837-1907), porém não fora o jurista alemão quem figura como idealizador da teoria, talvez tenha sido ele quem melhor clarificou tais ideias, entretanto, já havia outros autores que colocavam o processo dessa forma, os quais cabem citar: Hegel, Böcking e Bethmann-Hollweg (Ramos, 2018).

Tal corrente preceitua que o processo se dá em uma relação jurídica, que se desenvolve entre as partes, e também, a depender do autor, como por exemplo Von Plank, essa relação é estabelecida entre partes e juiz (Von Plank *apud* Ramos, 2018). Esse vínculo é denominado de relação jurídica em virtude de gerar uma série de obrigações à ambas as partes; tem natureza pública, haja vista a existência de uma conexão entre as partes e um órgão público que possui atividade jurisdicional.

Sua grande contribuição ao processo penal fora a colocação deste como um ramo próprio, desvinculado da ideia de ser parte de uma classe do Direito Material, mas sim uma matéria distinta, sendo, então, matéria de Direito Público, por estar inserido numa relação entre os cidadãos e membros do Estado.

Cabe frisar também que, nessa corrente, desenvolve-se a ideia de pressupostos processuais, os quais derivam da premissa de ser o processo algo diverso da relação de Direito Material. Desse modo, pode-se definir quais sejam os pressupostos de validade e existência do processo (Lopes Jr, 2023).

No entanto, em que pese as notáveis e importantes contribuições, essa teoria traz a concepção de que, no processo penal, tem-se a distribuição e, consequente, carga probatória a ambas as partes. Ocorre que no processo penal, por força constitucional e também por constituir-se em um direito humano (art. 11 da DUDH), a presunção de inocência mostra-se imperiosa. Destarte, o ônus da prova é completo da acusação, e não há qualquer parcela a ser suportada pelo réu.

2.4. O processo como situação jurídica

Assim como ocorre na vertente do processo penal como relação jurídica, também acontece com o pensamento do processo penal como situação jurídica, o qual pode-se destacar a figura do grande jurista James Goldschmidt, que foi quem melhor apresentou tal corrente. No entanto, também não fora tal autor quem primeiro desenvolveu esta teoria, sendo este feito atribuído a Josef Kohler, em 1894, na obra "Coletânea de ensaios sobre Processo Civil" (Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess), embora fora Goldschmidt quem trouxe os detalhes dessa teoria (Ramos, 2018).

Goldschmidt fora um crítico de Bülow e da ideia que ele traz do conceito de processo como relação jurídica, em que ambas as partes são dotadas de obrigações. Para aquele autor, o processo possui um caráter dinâmico, em que seus membros fazem um percurso rumo a uma decisão que lhes seja favorável. Não compactua com a concepção

de obrigações aos seus componentes além de conceber como estática a teoria vigente nos sistemas processuais contemporâneos (Lopes Jr., 2023).

A situação jurídica do processo pode ser conceituada “[.] como o conjunto de expectativas, possibilidade, ônus e dispensas de ônus processuais de uma parte” (Goldschmidt *apud* Ramos, 2018, p. 18), ou seja, nesse sentido o processo teria uma estrutura dinâmica ao possibilitar o uso de tais elementos quando da prática dos atos processuais para chegar-se a uma sentença favorável, essa conjuntura resume-se no que se chama de chances. Isto é, no processo penal há uma série de ocasiões que se desenvolvem ao longo do caminho processual e tornam-se oportunidades às partes que podem ser ou não aproveitadas por elas para alcançar um resultado favorável, ainda que em âmbito penal o ônus probatório seja à apenas um dos lados, qual seja da acusação. A isto, denomina-se possibilidades e liberações de ônus respectivamente

Exemplificando, suponha-se que em um processo é proporcionado momento para manifestação do réu, o acusado pode utilizar a vez para dar sua versão dos fatos e tentar defender-se. No entanto, este poderá também usar seu direito ao silêncio, o qual é constitucionalmente garantido. Ocorre que ao usá-lo, não estará fazendo o que Goldschmidt chama de liberação de ônus e, assim, corre um risco, pois, por mais que o silêncio não possa ser usado em seu desfavor, ele possui um efeito, mesmo que inconsciente, na mente do julgador, haja vista o juiz ser, por óbvio, um ser humano, dotado de conceitos e convicções que são formados por elementos que chegam ou não a ele, de uma forma ou de outra, ainda que de maneira involuntária. Portanto, não se valer das chances é dar azo a um desfecho desfavorável.

O autor compara sua forma de enxergar o processo como um estado de guerra, em que, quando os Estados estão num momento de paz, as coisas permanecem numa posição estática, direitos são garantidos e há a sensação de segurança, todavia quando a guerra estoura, leciona:

[...] tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode

proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde (Goldschmidt *apud* Lopes Jr., 2023, p. 93).

Nesse sentido, infere-se que o processo, assim como na guerra, possui um estado de incertezas, insegurança, improbabilidades; que, quando, surgem determinadas situações jurídicas, as quais podem transformar-se em oportunidades às partes (chances), estas devem ser aproveitadas para que haja a dispensa de ônus e, então, caminem em direção a uma sentença favorável.

Essa tese, rompe com o conceito trazido por Bülow, que vislumbra o processo como tendo uma natureza estática e segura e é a que melhor revela como é o processo na prática, tendo uma relação dinâmica e sendo regido, nas palavras de Lopes Jr., pela "epistemologia da incerteza" (Lopes Jr., 2023, p. 93).

Sua contribuição também passa pelo abandono do conceito de "distribuição", para o conceito de "atribuição" (Lopes Jr., 2024). Isto significa que, no processo penal, não existe distribuição de carga probatória, mas sim "atribuição" desta, mais especificamente, atribuição da carga probatória à acusação, pois, sendo o réu revestido de presunção de inocência, cabe unicamente à acusação provar sua culpabilidade (Lopes Jr., 2024). Isso traz força ao sistema acusatório ao passo que consolida a separação de funções no processo e consagra as garantias do réu (respeitando sua presunção de inocência).

2.5. O processo como procedimento em contraditório

O grande teórico da doutrina "processo como procedimento em contraditório" é o italiano Elio Fazzalari (1924-2010). O jurista também se coloca como um grande crítico da teoria melhor desenvolvida por Bülow e, para muitos, sua tese é uma continuação dos estudos de Goldschmidt muito pelo que carrega o *procedere*, que pode ser definido pela união de situações jurídicas que se desenvolvem numa relação dinâmica, tendo conjunto de "posições subjetivas" e "direitos e obrigações probatórias" (Fazzalari *apud* Lopes Jr., 2023).

O pensamento de Fazzalari baseia-se, essencialmente, na ênfase que ele dá ao contraditório, sendo este um precioso instrumento na construção de um processo penal alinhado a um viés democrático. Assim, o processualista reposiciona o “núcleo imantador” para que não caiba mais, à jurisdição, o papel central no processo, mas sim, que este seja edificado sobre os pilares do contraditório entre as partes, configurando, portanto, pressuposto vital para estruturação do provimento final, qual seja a sentença. De tal modo, o elege como princípio supremo. Por conseguinte, fortifica a situação das partes, em especial do polo passivo do processo penal, ao conferir tratamento igualitário entre elas, que nasce da efetiva aplicação do contraditório (Lopes Jr., 2023).

O contraditório, entretanto, é vislumbrado na perspectiva bifásica, em que, num primeiro momento, é proporcionado o direito à informação e, num segundo instante, é dada a oportunidade de reação (*informazione, reazione*). Portanto, mesmo que muitos defendam a ideia de não haver contraditório na chamada “fase inquisitorial” do processo, nota-se a sua existência ainda que de forma parcial, porquanto, embora seja na fase de inquérito, é oferecido ao investigado o direito à informação. Por esta razão, é de suma importância a teoria deste autor, no sentido de buscar o caráter acusatório ao processo penal, vez que, tendo o contraditório papel fundamental nesta esfera, traz tratamento igualitário às partes, e, então, o réu é também sujeito possuidor de direitos e garantias (Lopes Jr., 2023).

3. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP

Conforme dito acima, o Processo Penal Brasileiro é marcado por alguns traços de natureza inquisitória, embora grande parte da doutrina o classifique como misto, sendo inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual propriamente dita. No entanto, com o advento da Lei nº 13.964/19, o cenário começou a mudar, pois essa normativa fez nascer o art. 3º-A no CPP, o qual define a estrutura acusatória do Processo Penal.

Tal composição do Processo Penal Brasileiro já era implicitamente compreendida haja vista a Carta Magna de 1988 apontar um processo penal tendo como princípios basilares o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do órgão julgador entre outras regras do devido processo legal (Lopes Jr., 2024). Desse modo, o sistema acusatório é o que melhor se amolda ao modelo constitucional, pois tem em seu núcleo fundante a separação dos órgãos de acusação e julgador (Lopes Jr., 2024), além de prescrever o tratamento igualitário das partes e permitir o exercício efetivo do contraditório e demais garantias do réu, uma vez que os princípios constitucionais da atividade processual, não figuram somente como meras regras procedimentais, mas sim como verdadeiras garantias do acusado, porquanto, ao enfrentar um processo, tem-se todo o aparato estatal do lado contrário, desse modo, a constituição prevê tais garantias para que possa se defender dessa estrutura mais forte.

Todavia, em que pese a referida lei ter trazido essa fardagem ao processo penal, o STF, em sede de decisão liminar, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305, suspendeu provisoriamente a eficácia de tal norma. Porém, no julgamento desta ação, o qual ocorreu em 2023, a Suprema Corte retirou a medida e definiu a aplicação do dispositivo, tornando, definitivamente, o processo penal acusatório.

No entanto, embora se tenha esse padrão, não se pode olvidar algumas marcas inquisitoriais neste âmbito, como por exemplo o já citado art. 156, que permite ao juiz determinar a produção de provas de ofício para sanar eventuais dúvidas ao final da instrução, violando assim princípios do Processo Penal, como o *ne procedat iudex ex officio*³³, e o *in dubio pro reo*³⁴; outro dispositivo que revela a veia inquisitória do ordenamento jurídico-penal brasileiro (e que é o ponto nevrágico desta discussão) é o art. 385, que permite, em ações penais públicas, o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público (titular da ação penal) pede a absolvição.

³³ O princípio ensina que o juiz não poderá agir de ofício, ou seja, sem provocação da parte.

³⁴ Tal princípio preconiza que, em caso de dúvidas, o magistrado deve decidir favoravelmente ao réu.

3.1. Incompatibilidade do art. 385 do CPP com a estrutura acusatória trazida pela Lei n. 13.964/2019

É notório que em crimes de ação penal pública, o Estado realiza dois distintos papéis, quais sejam o de acusar e punir, por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Poder Judiciário). Essa divisão é uma consequência da obediência ao sistema acusatório, o qual preceitua essa separação das atividades de acusar e julgar, dicotomia que se transforma no núcleo fundante do retro sistema (Lopes Jr., 2024).

Nessa linha, o Ministério Público é titular da ação penal, nos casos de ação penal pública. Para esse tipo de ação, o Brasil adota o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer, que o *parquet* não pode dispor da ação penal quando presentes os requisitos para sua propositura. Assim, não podendo o órgão acusador dispor da ação, sendo o seu oferecimento um dever e não uma faculdade, entende-se que a possibilidade de, ao final da instrução, o MP pedir a absolvição equivale à sua desistência, e a esse pedido está vinculada a decisão final do magistrado (Lopes Jr., 2024).

Cônsola menção feita alhures (item 2.2.1), o poder de punir realizado também pelo Estado é condicionado à petição efetuada pelo Ministério Público quando do exercício da pretensão acusatória (Lopes Jr., 2024). À vista disso, quando o juiz condena sem o devido pedido para tanto, está exercendo seu poder de punir sem a invocação imperiosa, ferindo assim o princípio regedor do sistema judiciário, qual seja o da inércia, em flagrante retrocesso ao modo inquisitorial (Lopes Jr., 2024).

Também, nota-se há a transgressão do princípio da correlação, que mandamenta que exista uma conexão entre o pedido e a decisão final, assim, o juiz condenar quando o órgão acusatório requer sua absolvição, fere tal regra que “norteia o espaço decisório” (Lopes Jr., 2024, p.113). Ademais, o juiz prolatar sentença condenatória ante a um pedido de absolvição, estar-se-ia diante de uma cristalina infringência à estrutura acusatória delineada no art. 3º-A do CPP, na medida em que se tem um juiz condenando *ex officio*, sem pedido. (Lopes Jr., 2024).

Tendo como base o raciocínio ora exposto (item 2.2.1), pautado na disposição constitucional (art. 5º, LV, da CRFB/88), entende-se que no processo penal não há lide (nota-se que a Constituição Federal distingue “litigantes” e “acusados”, se no processo penal houvesse lide como no civil, não faria sentido a distinção [Lopes Jr., 2024]), mas tomando como fundamento este conceito (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida), no caso do art. 385 do CPP, a pretensão da defesa não encontra resistência pela parte contrária (MP), portanto não há motivos para o juiz decidir de modo diverso, sendo a pretensão da defesa e acusação uníssonas, se o juiz decide doutra forma, estaria ele se tornando parte no processo.

Portanto, se o MP postular pela absolvição ao final da instrução, deve o juiz decidir em conformidade com o pedido por obediência ao princípio acusatório.

3.1.1. *Ministério Público “pede” ou “opina” em Alegações Finais?*

Apesar deste posicionamento, é de se admitir que a redação do art. 385 do CPP traz o termo “opina”, no sentido de que, no momento das alegações finais, o Ministério Público apenas emite sua opinião acerca da absolvição.

Nessa linha, segue o pensamento do douto jurista Afrânio Jardim, que coloca que o MP não formula pedidos ao final da instrução, mas somente mera opinião sobre pedido já feito na inicial – denúncia –. Ainda defende que se a “opinião” do MP tivesse força para vincular o juízo e, este, não pudesse decidir diferente, quem absolveria o réu seria, na prática, o MP e não o juiz (Jardim, 2024).

Em que pese esta valiosa reflexão, mostra-se mais acertada a postura adotada por Jacinto Coutinho, Lênio Streck e Márcio Guedes Berti, que sustentam a ideia de que o *parquet* faz sim pedidos, pois conforme mencionado outrora, em ações penais públicas, o MP é parte, portanto, pede, requer, postula. Outrossim, dizer que se o parecer do órgão acusatório vinculasse o magistrado de modo que, assim sendo, o tornaria um poder maior, pelo contrário, ainda seguindo a linha de Coutinho, Streck e Berti, assinalar que, em virtude

disso, o posicionamento do *parquet* não condicionasse o juízo e, portanto, somente opina, representa um reducionismo ao Ministério Público, porquanto não é um órgão emissor de “palpites”, mas sim, parte no processo, sendo seu papel de tal relevância que o constituinte lhe reservou as mesmas garantias da magistratura. (Coutinho et at., 2024).

Quanto ao fato do professor Jardim suster que o MP faz seu pedido no advento do oferecimento da denúncia e, em alegações finais somente opina, é importante retomar os conceitos de ação e processo, pois, no oferecimento da denúncia, a acusação pede o processamento do episódio penal, para que este seja submetido ao processo (princípio da Necessidade), haja vista a denúncia ser fundamentada em elementos de informação, visto que a prova, é produzida no processo, amparada pelo contraditório e ampla defesa. Doutro modo, seria desnecessário o processo. (Coutinho et al., 2024).

Para clarear esta ideia, suponha que, na fase de instrução, as provas produzidas não demonstram que o acusado concorreu para a prática do delito. Desse modo, ainda que em sede de denúncia se tenha feito formalmente, pedido de absolvição, em alegações finais, o Ministério público pede a absolvição ante a esta situação. Em virtude disso, o juiz deve atender ao pedido feito na denúncia (com base em dados informativos do inquérito) ou aquele feito em alegações finais (fundamentado nas provas produzidas no processo)? Assim, resta claro que o MP pede em alegações finais. (Coutinho et al., 2024).

3.2. Inconstitucionalidade do art. 385 do CPP

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em uma grande parcela de seu texto, o que se chama de Direitos Fundamentais. Dentre tais direitos, alguns figuram como verdadeiras garantias do réu, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, os quais, não sendo obedecidos, violam também o devido processo legal. Assim, estabelecido o mandamento constitucional de observância a estas regras, registra-se que o sistema acusatório é o escolhido pela Carta Magna para revestir o processo penal.

Nesse sentido, a decisão final no processo penal deve ser construída com base nesses princípios, em especial o contraditório (Fazzalari *apud* Lopes Jr., 2024). Às partes é

reservado o exercício do contraditório. Mas, no caso do art. 385 do CPP, quem o exerce é o juiz, pois sendo a acusação e defesa pelo mesmo desfecho, quando o julgador decide de maneira contrária, ele é quem exerce o direito reservado às partes, se tornando uma delas, num flagrante retrocesso ao sistema inquisitorial, sistema que não permite o exercício das garantias do acusado, sistema que não se alinha à Constituição.

Seguindo esse pensamento, Geraldo Prado ensina:

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro.

Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.

O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República). (Prado, 2005, p. 190).

Destarte, afigura-se a relevância do contraditório (Fazzalari *apud* Lopes Jr, 2024), funcionando como um pressuposto de validade e, pode se colocar até, de legitimidade da sentença penal. Desse modo, não sendo respeitado tal regra, conforme aponta o autor, a sentença é nula.

O embasamento desta nulidade, seguindo a linha de Prado (2005), desporta-se na violação do contraditório, preceito trazido pela Constituição, desse modo, a aplicação do art. 385 do CPP, revela-se, cristalinamente, em uma inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

O art. 385 do CPP prova-se inconstitucional, visto que possibilita a existência de uma decisão não construída sobre as bases do contraditório, o qual, na prática, é exercido, pelo juiz, que é sujeito do processo, e não parte. Também não respeita a estrutura acusatória do art. 3º-A do CPP trazido pela Lei nº 13.964/19, na medida em que se tem um juiz-ator, proferindo sentença condenatória sem pedido.

Nesse sentido, é necessário que se declare tal artigo inconstitucional. Nesta lógica, fora proposta pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.122 com o objetivo de que se reconheça que o dispositivo ora descrito não fora recepcionado pela CF/88. Assim, torna-se imperativo a procedência da referida ADPF e o consequente reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo.

Isto é fundamental para que o Processo Penal atenda verdadeiramente sua necessidade de existência, qual seja funcionar como instrumento da Constituição. O Processo Penal está a serviço da constituição, nas palavras de Lopes Jr., revela-se numa "instrumentalidade constitucional" (Lopes Jr., 2024), na medida em que, neste espaço, é que são exercidos de fato os direitos e garantias fundamentais. É dentro do processo que são exercidos o contraditório, a ampla defesa, para que se tenha o devido processo legal.

Desse modo, manter um dispositivo que permita a autuação de ofício de um magistrado, distancia-se do objetivo constitucional ao passo que consagra um verdadeiro retrocesso ao modelo inquisitorial, logo torna-se imprescindível a inaplicação do artigo no meio processual penal.

INCOMPATIBILITY OF ART. 385 OF THE CPP WITH THE STRUCTURE ACCUSATORY BROUGHT BY THE LAW Nº 13.964/2019

ABSTRACT

The art. 385 of the CPP allows the judge to convict even when the prosecution (in this case, the Public Prosecutor's Office) requests acquittal. In this way, there is a clear setback to the inquisitorial system, as it allows the judge to act ex officio as he condemns without a request. This is a clear sign of unconstitutionality and illegality, because, given the guarantees that the constitutional text brings and the advent of art. 3-A of the CPP, the accusatory structure of the Criminal Procedure can be noted. Therefore, such a device must be declared unconstitutional by ADPF 1122, so that we can move towards a true democratization of the Criminal Process.

Keywords: Incompatibility. Art. 385 of the CPP. Principle Accusatory. Criminal Proceedings.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 09 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – (CONAMP). Intimado; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 09 mai. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.122. Requerente: Associação Nacional da Advocacia Criminal (Anacrim). Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=526124&ori=1>. Acesso em: 09 mai. 2024.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; BERTI, Marcio Guedes. Em alegações finais o MP não pede, só opina? Resposta ao professor Afrânio Silva Jardim. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-02/em-alegacoes-finais-o-mp-nao-pede-so-opina-resposta-ao-professor-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 05 mai. 2024.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia – por Afrânio Silva Jardim. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim>. Acesso em: 05 mai. 2024.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir->

[absolvicao/#:~:text=%C3%89%20o%20juiz%20quem%20det%C3%A9m,do%20exerc%C3%ADcio%20da%20pretens%C3%A3o%20acusat%C3%B3ria.](#) Acesso em: 06 mai. 2024.

PRADO, Geraldo. Sistemas Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Natureza jurídica do Processo Penal. Disponível em:
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56144266/RAMOS_natureza_juridica_processo_pena_I-2018-libre.pdf?1521841048=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DNATUREZA_JURIDICA_DO_PROCESSO_PENAL.pdf&Expires=1714516272&Signature=OFR6h3a~8DLoL-inX3WNATu5SAixujcVrIP030rV19JbE2Imj9oVNkhqJ902IDIVsZ7QtkdzuDmljhX~LMSdQ-U7KxFpTS8v3yD751HSB6z-xvm00EUBDF1SVbhdNcs3WwModK7HrmDeMucFMEdnWSLCy~vPVi0K58V0HTsAql-NS7SoOW2HIMpR7Wsxx0QqHxVIWTqaVqxLldBMj0DwVXA3gABC72AJc2yZekHHT0bsyzDRAalBW56t~4MG8YN1j7H4qXOWbrjVbllep2ZK8E0ROh6ptuTxiiKUQJlixKqXVUi8lahkV5wQJdm-fGby1G34oXVoHR-EBnYxsUFCAg_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 30 abr. 2024.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. Revista Emerj. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, 2015.

O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Gabriela Ribeiro Soares³⁵

Lara Gabriela Bueno Oliveira³⁶

Lucas Santana de Lima³⁷

RESUMO

Com o cenário de interação digital conectada pela internet, o objetivo desse trabalho é examinar o problema que envolve o exercício do direito à liberdade de expressão e comunicação no âmbito virtual, mais precisamente nas redes sociais, bem como o questionamento acerca dos seus limites e a responsabilidade civil em razão de produção e publicação de conteúdos nesses ambientes colaborativos. Para mais, será realizada uma análise da sociedade hodierna, bem como do direito à livre manifestação do pensamento e sua interface com a internet. Discorrer-se-á, por fim, sobre a responsabilização do exercício desse direito, com ênfase nos direitos humanos e na legislação correlata, com o fito de sedimentar a argumentação a ser desenvolvida.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Liberdade de expressão. Responsabilização. Legislação

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia de informação levou ao surgimento da internet, que se tornou um importante meio de interação social direta entre os usuários. O ciberespaço revolucionou as relações sociais ao criar um ambiente democrático de debate sem os intermediários da mídia impressa ou do governo. A norma técnica atual é a sociedade da informação, que corresponde a uma forma de organização social em que os fluxos linguísticos, culturais e económicos atingem velocidades exponenciais devido às condições tecnológicas da época.

Esse trabalho analisará o exercício do direito à liberdade de expressão e comunicação na esfera digital, mais precisamente nas redes sociais, tendo em conta que a livre expressão e exposição de ideias são fruto de uma importante capacidade humana de

³⁵ Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes.

³⁶ Estudante do Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes.

³⁷ Professor do Curso de Direito na Faculdade Evangélica Raízes.

pensar. A pesquisa vai ponderar a liberdade de expressão como um direito fundamental que garante a capacidade de as pessoas expressarem suas opiniões e seus pensamentos sem medo de retaliação. Este direito é considerado crucial para o funcionamento saudável de uma sociedade democrática, permitindo o livre fluxo de informações e o debate público. No entanto, é importante destacar que, em muitos lugares, esse direito não é absoluto e pode ser limitado em certas circunstâncias, como em casos de discurso de ódio, calúnia ou incitação à violência.

Sob outro enfoque, a responsabilidade civil refere-se à obrigação de reparar danos causados a terceiros, seja por ação direta ou indireta de uma pessoa, empresa ou entidade. Os parâmetros da responsabilidade civil geralmente incluem três elementos principais: conduta ilícita ou negligência, dano e nexo de causalidade. Para mais, as penalidades na responsabilidade civil geralmente envolvem compensações financeiras, na medida em que a parte responsável pode ser obrigada a pagar indenizações que cubram os danos materiais, morais e lucros cessantes sofridos pela vítima.

Esse trabalho vai elucidar a responsabilização por excessos cometidos. A facilidade de comunicação online possibilita a disseminação rápida de informações, mas também pode ser palco de abusos. Limitações são frequentemente impostas para proteger outros direitos, interesses legítimos e a ordem pública. A ponderação entre a liberdade de expressão e outros valores sociais é um desafio constante. Destarte, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são interligadas, mas não idênticas. Salientará ainda que, a internet tem um papel democrático ao facilitar a participação e a expressão de uma ampla variedade de vozes, como por exemplo as redes sociais, blogs e plataformas de compartilhamento de conteúdo democratizaram a capacidade de comunicar e interagir globalmente. Todavia, os desafios incluem a propagação de desinformação e a criação de bolhas informativas.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão refere-se ao direito de as pessoas expressarem suas opiniões, ideias e informações sem censura indevida. Isso envolve a capacidade de compartilhar livremente pensamentos e participar em discussões, mas respeitando os limites legais e éticos. Dessa forma, a liberdade de se expressar é um princípio fundamental que garante o direito das pessoas sem interferência ou restrição, desde que essas expressões não violem leis ou princípios éticos. Ela é essencial para a democracia e o pluralismo, promovendo um ambiente onde diferentes pontos de vista podem ser compartilhados e debatidos. Ela também abrange o direito de buscar, receber e compartilhar informações e ideias através da escrita, da fala, da arte e de outras fontes de comunicação, entretanto pode criar dilemas quando se trata de lidar com discursos de ódio e divulgação de ideologias que visam destruir a própria sociedade democrática.

A liberdade de expressão está assegurada na Constituição Federal de 1988, discorrida como um direito que garante a todos os cidadãos o livre exercício da manifestação do pensamento. Nela estabelece que seja livre a expressão do pensamento por meio da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e é vedado o anonimato do autor. Apesar de a liberdade de expressão ser garantida, esse direito não é absoluto, determinando assim que a liberdade de expressão tenha limites quando ocorrer violação da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas.

Assim sendo, nos casos de calúnia, difamação e injúria, é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente do abuso de liberdade de expressão. É o que se extrai do art. 5º, IV, IX, X, da Constituição Federal de 1988:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
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. (Brasil, 1988)

Além disso, importante ressaltar que na Constituição Federal ainda veda qualquer censura de cunho político, ideológico e artístico aos meios de comunicação social. Seguindo tal lógica, diversões e espetáculos públicos são livres desde que respeitem as recomendações para faixas etárias, locais e horários. São também impostas restrições mais rigorosas à publicidade comercial de produtos prejudiciais à saúde e ao meio ambiente como o tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, além das comunicações dirigidas às crianças, fundamentado no art. 220, § 2º, § 3º, I, II, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º- É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º- Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º- A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (Brasil, 1988).

1.1. A liberdade de expressão nos tratados internacionais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) são dois documentos chave que abordam a liberdade de expressão como um direito fundamental. Neles afirmam o direito à liberdade de expressão, reconhecendo sua importância na sociedade. No entanto, esses direitos podem ser limitados em certas circunstâncias, como para proteger a segurança nacional ou a ordem pública. Cada país pode interpretar e implementar esses princípios de maneiras diferentes,

resultando em variações nas leis em nível mundial. Hodiernamente muitos tratados internacionais firmados pelo governo brasileiro passaram a fazer parte da nossa legislação. Alguns defendem direta e objetivamente a liberdade de expressão ampla e irrestrita (Ferreira, 1999).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito que inclui a liberdade de buscar, sem interferências, ter opiniões e de procurar e transmitir informações por quaisquer meios, independentemente de fronteiras. A vista disso, importante trazer à baila o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Sathler; Ferreira, 2022).

Art. 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. (ONU, 1948).

A Declaração Internacional de *Chapultepec* firmada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1996, em conjunto com vários presidentes latino-americanos, estabelece, em seus princípios, que não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão. Sendo assim, é um direito inalienável do povo em que todos têm direito de buscar informações, expressar opiniões e divulgá-las livremente (Ferreira, 1999).

Para mais, a Declaração Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República tem força de Lei Ordinária no Brasil, em seu art. 13º preconiza que toda pessoa tem direito à liberdade de pensar e de se expressar. Isso compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. O direito de expressão não pode ser limitado por vias indiretas, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar comunicações. Em suma, os tratados internacionais mencionados, estabelecem ampla liberdade de expressão no Brasil (Ferreira, 1999).

A liberdade de expressão é o direito mais evocado por magistrados do Brasil que usam as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em seus próprios julgamentos. O dado faz parte da pesquisa "Comportamento Judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH): uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro", uma vez que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou temáticas sobre liberdade de expressão que representaram 26,17% dos temas mapeados pela pesquisa, sendo que 25,64% são de casos que envolvem crime de desacato (Mainente, 2023).

1.2. Marcos legislativos da liberdade de expressão

Primordialmente, insta salientar que a liberdade de expressão fora uma conquista para o mundo, vez que séculos passados não encontrávamos respaldo sobre este direito. Trata-se de um princípio que se encontra no coração da democracia, sendo um direito humano básico, sua proteção se torna uma característica de uma sociedade tolerante e civilizada. Ademais, implica proteger a fala que você quer ou não escutar.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos reconhece, explicitamente, a necessidade de proteger a liberdade de expressão, aduzindo que:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de discurso, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas (Estados Unidos, 1791).

Sendo assim, não apenas indica a importância fundamental do princípio da liberdade de expressão, mas também reconhece como essa liberdade pode se tornar frágil caso não seja devidamente protegida. O suposto objetivo da Primeira Emenda era evitar a intervenção do Governo central nessa esfera, sendo um bastião contra o uso da censura como meio legítimo para evitar críticas à política governamental. É desafiador resistir à tentação de empregar a lei ou a força para silenciar opositores, independentemente de sua natureza. Sem a liberdade para criticar e contestar aqueles que atuam em nosso nome,

as democracias correm o risco de degenerar em tiranias. No entanto, não são apenas as pessoas que estão no poder de governar que limitam a liberdade de expressão. Os efeitos colaterais prejudiciais dessa liberdade são mais evidentes do que nunca, abrangendo desde desinformação até discursos de ódio. Isso talvez explique por que a liberdade de expressão está cada vez mais sendo percebida como uma força divisória e até mesmo uma ameaça à democracia em si. No entanto, a ideia de que a democracia pode ser preservada pela censura da liberdade de expressão repousa em um terreno histórico extremamente instável. A história está repleta de exemplos de autoridades que acreditavam em poder restringir a liberdade de expressão enquanto mantinham uma sociedade livre e justa, apenas para falharem.

Ademais, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que é aplicável a muitos países europeus, protege a liberdade de expressão em seu art. 10, vejamos:

Art. 10. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia (União Europeia, 1950).

Neste sentido, a preocupação em garantir tal liberdade é explícita, e mesmo sendo composta por países membros que também têm suas próprias legislações nacionais sobre liberdade de expressão a legislação e a jurisprudência da UE estabelecem um quadro comum para garantir a proteção dos direitos fundamentais em toda a União. Muito embora, embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental, ela não é absoluta e pode ser sujeita a limitações em determinadas circunstâncias, desde que essas limitações sejam proporcionais e necessárias para atingir objetivos legítimos em uma sociedade democrática em qualquer País.

Como supracitado, a liberdade de expressão não é somente uma conquista nacional, mas internacional. Porém, o Brasil após séria mudança teve esse direito garantido com a constituição cidadã, ou seja, a Carta Magna de 1988 que foi o marco da redemocratização do Brasil e garantiu os direitos fundamentais a nação com base nos

princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como pluralismo político, expandiu a liberdade individual, fomentando, assim, a liberdade de expressão (Brasil, 1988). Como podemos observar em seu art. 5º, IV, V e VI:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravio, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (Brasil, 1988).

Em outras palavras, a liberdade de expressão baseada na Constituição de 1988 refere-se a uma série de garantias legais, comunicacionais, intelectuais e religiosas que asseguram a transmissão de ideias e evitam a punição de pensamentos que não estejam em conformidade com o *status quo*.

1.3. A liberdade de expressão no Brasil

Em primeiro lugar, deve-se notar que houve grandes reviravoltas para chegar ao atual estágio da liberdade de expressão no Brasil como direito fundamental previsto constitucionalmente. Em eras da monarquia e imperialismo dos séculos passados, os meios de obter informações e partilhar ideias com a sociedade estavam nas mãos do monarca ou do imperador. Durante o reinado do imperador, a liberdade de imprensa foi restringida do seguinte modo: o Regulamento sobre o Exercício da Liberdade de Imprensa de 1824 previa a censura prévia da imprensa. Após a Proclamação da República em 1889, as expectativas de uma democracia mais aberta foram satisfeitas, mas as restrições à imprensa foram mantidas.

É claro o quanto difícil este período foi para o povo, porque sob o imperialismo o que hoje é geralmente considerado normal foi controlado por um poder absoluto que não disseminou o conhecimento aos seus cidadãos. Mas com a fundação da Primeira República, em 15 de novembro de 1889, o Brasil finalmente começou a adotar um sistema

presidencialista. Uma das constituições promulgadas nesse período foi a de 1891, que trouxe algumas mudanças em termos de liberdade de expressão, como três poderes executivos, eleições menos restritivas, separação entre Igreja e Estado, habeas corpus, etc.

Alguns anos mais tarde, em 1930, os períodos políticos e as mutações sociais afetaram diretamente a liberdade de expressão. Durante a Ditadura do Estado-Novo, 1937-1945; Ditadura Civil-Militar, 1964-1985, a liberdade de expressão foi fortemente censurada, especialmente sob os governos militares. Progressos significativos foram feitos após a redemocratização do país e a criação e aprovação da constituição federal 1988. A Constituição garante a liberdade de expressão de ideias, censura anterior proibida; e lide com violações realizadas na prática da liberdade de expressão.

De acordo com o *Global Speech Report* 2022, o Brasil é o terceiro país que mais perdeu liberdade de expressão entre 2011 e 2021, ocupando a 89^a posição entre 116 países desde a divulgação do primeiro relatório. Uma pesquisa de 2010. Um dos pontos em que esta percentagem diminuiu significativamente foi nos ataques a jornalistas e aos meios de comunicação social. Um total de 430 ataques foram registrados em 2021, o maior número desde a década de 1990, disse o relatório (Fernandes, 2022). Infere, portanto, que mesmo após drásticas mudanças no território nacional, a nossa posição em relação a garantia do direito à liberdade de expressão está em declínio, tendendo a piorar no atual cenário em que vivemos, já sendo constatado que as pessoas têm receio em expressar suas opiniões por sofrerem ataques.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil possui cada vez mais destaque no contexto atual, por ser um dos temas mais dinâmicos do direito civil. A lei não permanece estática, ela sempre evolui. Desde a antiguidade sabe-se que a responsabilidade civil é um tema com grande ressonância social. O lema “olho por olho, dente por dente” já estava expresso na famosa Lei de Talião, cuja origem se baseava na “retribuição” através da punição como forma de

compensação pelos danos causados, como uma espécie de vingança pessoal. Contudo esse pensamento evoluiu, e consigo as leis dotadas pelo nosso País.

A responsabilidade civil inclui a obrigação de compensar terceiros pelos danos sofridos. A obrigação de indenizar surge, portanto, da prática de um ato ilícito. Os titulares de direitos estabelecerão relações jurídicas com a sociedade como um todo. A lei imporá uma renúncia legal à classe de que nenhuma pessoa cometerá um ato que possa causar dano aos direitos (patrimoniais ou não patrimoniais) desse titular (Pereira, 2017).

Questões de responsabilidade existem em diversas áreas da ação humana, como vemos no pensamento de Marcelo Benacchio:

O Direito tem por finalidade a ordenação dos comportamentos das pessoas na sociedade, ou seja, enquanto fenômeno social pretende normatizar condutas em conformidade aos valores sociais constantes do sistema jurídico". Procura, assim, "incentivar certos comportamentos, desestimular ou impedir outros, conformando a sociedade de acordo com os valores estabelecidos, tudo em favor da paz entre os seres humanos e na consolidação do justo, do bem e do honesto (Benacchio, 2012, p. 642).

A responsabilidade civil, em seu sentido etimológico, expressa os conceitos de obrigação, responsabilidade e contraprestação, e sua essência está relacionada ao conceito de comportamento desviante. Há uma diferença entre os conceitos de obrigação e responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico de cumprir uma conduta, por isso a obrigação é originária; já a responsabilidade se relaciona com a consequência que surge do não cumprimento dessa obrigação originária, sendo, portanto, uma obrigação jurídica secundária (Cavalieri Filho, 2015).

Observando em nosso Código Civil podemos encontrar essa distinção, conforme exposto: "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (Brasil, 2002). Dessa forma, se a obrigação não for cumprida, sendo um dever jurídico originário, irá responder o devedor pelas consequências, no caso, por perdas e danos o qual se refere ao dever jurídico sucessivo.

Trazendo para a nossa temática, esta responsabilidade geralmente se refere a casos em que palavras de uma pessoa causam danos a outrem, através de calúnia, injúria,

difamação, insulto, invasão de privacidade etc. Logo, trata-se de uma responsabilidade civil subjetiva, que envolve obrigações decorrentes da prática de um ato ilícito. Vale a pena ressaltar o artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (Brasil, 2002)”. Dessa forma, estipula que os atos que violam direitos e causam danos a terceiros são atos ilegais. Contudo, a responsabilidade só é subjetiva quando comprovada a culpa do agente. É regra geral que, de acordo com a teoria clássica, se pressupõe a pré-existência de atos intencionais motivados por intenção ou culpa e, portanto, os eventos pelos quais se presume culpa não são levados em consideração.

O ato ilícito também decorre do abuso de direito segundo prevê expressamente a codificação civil, no seu art. 187 “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Brasil, 2002).” Dessa forma, para existir como ato ilícito deve ser violado um direito que cause danos a outra pessoa, seja dano moral ou material, ou o abuso de um direito que exceda sua finalidade econômica ou social ou viola a boa-fé ou os bons costumes.

2.1. Responsabilidade civil e o dever de reparar

A responsabilidade civil é ligada ao dever de reparar quando o indivíduo causa dano a outrem ou a propriedade. Dessa maneira, o dever de reparar nada mais é do que a obrigação legal de compensar a parte que fora prejudicada pelos danos sofridos. A ideia fundamental aqui é que aquele que causa dano é o responsável pelo dever reparar, como se a vítima nunca houvesse sofrido o dano.

O dever de reparar decorrente da responsabilidade civil também é abordado pelo direito consumerista, que estende esse encargo aos prestadores de serviço, que será responsabilizado por seus próprios atos, que decorrem da natureza da atividade que exercem.

Em se tratando da responsabilidade e do dever de reparar relativo ao fornecedor de serviços, relata o art.14, §1º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido (Brasil, 1990).

É notório que a Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor aceita o princípio da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, cuja responsabilidade decorre de três elementos: defeitos de serviço, danos sofridos pelos consumidores e relação causal entre defeitos e danos. Nos atentamos que as "circunstâncias relevantes" listadas são apenas exemplares e irão variar dependendo da natureza dos serviços prestados. Ou seja, se o serviço fosse prestado de forma inadequada, os resultados fossem claramente insatisfatórios, o risco do serviço fosse maior do que o permitido ou estivesse desatualizado em relação ao momento em que o serviço foi prestado, todos os critérios subjetivos seriam difíceis e complexos na maioria das vezes casos determinados como defeituosos, mas não afeta outras normas complementares que possam ser adotadas em precedentes.

Ademais, vejamos esta relação de consumo de acordo com decisão proferida sobre recurso de apelação no Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET VELOX. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA PRESTADORA DE SERVIÇO. RELAÇÃO DE CONSUMO INEQUIVOCAMENTE CARACTERIZADA, SENDO A ASSOCIAÇÃO CULTURAL DESTINATÁRIA FINAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET PRESTADO PELA EMPRESA DE TELEFONIA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO INDIVIDUALMENTE DEMONSTRADO. APESAR DE CONTRATAR E PAGAR POR ACESSO À INTERNET NA VELOCIDADE DE 10Mbps, A CONSUMIDORA RECEBEU ACESSO NA VELOCIDADE DE 2Mbps, CONFORME ADMITIDO PELA PRÓPRIA RECORRENTE. IRREPREENSÍVEL A REPETIÇÃO SIMPLES DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS A TÍTULO DE ACESSO À INTERNET. NO ENTANTO, INEXISTE PROVA DE QUE A DIVERGÊNCIA DE VELOCIDADE DE ACESSO À INTERNET TENHA REPERCUTIDO NEGATIVAMENTE NA IMAGEM DA ASSOCIAÇÃO CULTURAL. DANO À HONRA OBJETIVA NÃO CARACTERIZADO. MERO DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONTRATUAL NÃO CARACTERIZA DANO MORAL. SÚMULA Nº. 75, DO TJRJ. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO (Rio de Janeiro, 2014).

Nesse contexto, a decisão proferida a Telemar Norte Leste S.A. a julga objetivamente responsável por danos causados pelas suas atividades comerciais nos termos do artigo art. 14, do CDC. A responsabilidade baseia-se na teoria do risco empresarial, segundo a qual todos aqueles que estão dispostos a se envolver em determinadas atividades que fornecem bens e serviços são responsáveis pelos fatos e defeitos causados pelo negócio, independentemente de sua causa e evidência de culpa (Rio de Janeiro, 2014).

Outrossim, quando mencionamos regras para o manuseio da internet no Brasil e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação e de conexão, estamos ligados ao Marco Civil da Internet (Brasil, 2014). Tendo em vista o artigo 18 da mencionada Lei, os provedores de aplicação não são responsabilizados por conteúdo que fora gerado por seus usuários, a não ser que seja caso de descumprimento de ordem judicial específica. Se tratando dos provedores de conexão, eles serão responsabilizados civilmente por danos eventualmente decorrentes de conteúdo gerados por terceiros, caso, após ordem judicial, não concluírem as diligências requeridas para tornar indisponível o conteúdo.

Os provedores de aplicativos e conexão tem por obrigação, manterem registros dos acessos dos usuários por pelo menos seis meses, com o objetivo de facilitar as investigações sobre possíveis crimes ocorridos na Internet (Pereira, 2017).

A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem pelos danos causados aos usuários em decorrência da má prestação de serviços é classificada como responsabilidade objetiva nos termos dos artigos 14 e 20 da Lei de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990). Um provedor de hospedagem não pode causar comportamento ilegal porque apenas mantém os equipamentos utilizados na prática. Por não ter conhecimento prévio dos conteúdos ilegais armazenados em seus servidores, não responde solidariamente pelos danos causados. Não existe qualquer nexo de causalidade entre as ações do fornecedor de conteúdos e os danos causados (Leonardi, 2005). Dessa forma, agora o provedor de hospedagem só será responsável em situações em que for omissão diante ordem judicial,

ao não tomar atitudes para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço dentro da determinação da ordem judicial, fazer indisponível o conteúdo infringente (Brasil, 2014).

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – PROVEDOR DE HOSPEDAGEM - SITE CRIADO POR TERCEIROS COM OS DADOS DA AUTORA PARA A PRÁTICA DE GOLPES – Provedora de hospedagem que, no dia seguinte à intimação pessoal da concessão da tutela de urgência, excluiu o site fraudulento – Invalidade da ciência através de e-mail enviada pela parte contrária – Cumprimento da decisão dentro do prazo judicial – Posterior agilidade na remoção do conteúdo novamente disponível – Inaplicabilidade da multa cominatória – Danos morais – Ausência do dever de indenizar – Os provedores de hospedagem somente podem ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro se, após ordem judicial específica, não toma as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo tido como infringente – Artigo 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)– Sentença de parcial procedência mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO (São Paulo, 2019).

A referida decisão confirma a aplicação do Marco Civil da Internet e seu artigo 19, que dispõe sobre a responsabilidade civil dos prestadores perante terceiros e a limitação de sua responsabilidade até a emissão de juízo específico no limite da ordem, na medida em que não sejam tomadas medidas necessárias e apropriadas para tornar o conteúdo ofensivo indisponível (Brasil, 2014).

Em suma, a ligação entre os fornecedores de plataformas e os que causam danos através da liberdade de expressão é multifacetada e envolve considerações jurídicas, políticas, técnicas e sociais. Os fornecedores de plataformas devem equilibrar a promoção da liberdade de expressão com a sua responsabilidade de proteger os usuários contra danos e abusos.

2.2. Parâmetros da responsabilidade civil no exercício da liberdade de expressão

Em geral, a responsabilidade civil é subjetiva, devendo assim estar presente a conduta, o dano, a culpa e o nexo causal. Entretanto, a legislação vigente, em seu parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, criou exceções, aplicando a responsabilidade civil objetiva na qual exclui o elemento culpa. Sendo assim, haverá responsabilidade pela reparação do dano quando houver a presença da conduta, dano e nexo de causalidade, obrigando aos infratores indenizar por acidentes provenientes de suas atividades, em

detrimento da teoria subjetiva, para a qual o agente precisa salientar a culpa dentro da ideia de desvio de conduta. Além disso, a comprovação da culpa gera obstáculos a vítima, que, por vezes desiste da ação e arca com o prejuízo em razão da dificuldade do exercício do ônus da prova. Com a teoria da presunção da culpa, impõe-se a inversão do ônus da prova, tendo a condição menos favorável da vítima (Junior, 2016).

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados, a partir dos parâmetros constitucionais. Estes parâmetros incluem a proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral. A declaração do direito de liberdade prevista na Constituição Federal do Brasil não é absoluta, ela é limitada, na qual declara a livre manifestação do pensamento, todavia vedo o anonimato e impõe responsabilidades para aquele que violar a intimidade, a honra ou a imagem de outrem. Far-se-á se necessário uma ponderação aos excessos da liberdade de expressão, de modo que ao limitar não restrinja essa garantia constitucional, e ao se expressar, criar, ou comunicar, não profane o direito alheio. Sendo assim, é imprescindível a análise do Princípio da Proporcionalidade, que se iniciou na França, deitou suas raízes na Alemanha. A doutrina alemã descreveu-o, em regra, como um conjunto de três subprincípios, sendo eles: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Bonavides, 2006).

No tocante a origem do Princípio da Proporcionalidade, evoca-se à lição:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra-positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (Canotilho, 1988, p. 259).

O princípio da proibição de excessos tem como parâmetro, frear o Estado, com a finalidade de garantir liberdades individuais aos cidadãos, evitando que este cometa excessos em razão daquele. O objetivo é assegurar as liberdades costumeiras dos indivíduos, posto que o Estado seja mais resistente, mais veemente em relação ao cidadão.

O Estado passa a incomodar-se com o que atinge o direito fundamental do indivíduo, a assistência que ele deve ter em relação às garantias dada às pessoas para que essas não sejam insuficientes, ou seja, o Estado deve ter uma proteção eficiente dos direitos fundamentais dado às pessoas, observando se ainda, se tais medidas não são insuficientes.

No princípio da proibição de excesso, o Estado não pode ir além do necessário e adequado. Para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado, por meio de um dos seus órgãos ou agentes pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção. O princípio da proporcionalidade atua, neste plano, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação (Salert, 2008).

Percebe-se que, o princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal do Brasil, porém, não impede seu reconhecimento, assim dispõe em seu §2º, do art. 5º que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A partir desse contexto da Magna Carta de 1988, observa-se que mesmo os princípios não estando explícitos em sua redação deverão ser reconhecidos e respeitados.

Com a ascensão da internet, as interações humanas foram estabelecidas em redes sociais, isso fez com que o Estado atuasse diretamente nessas relações. Quando a relações comuns da sociedade se desenvolvem por meio de uma ação ou omissão lesiva, há a necessidade de buscar pela reparação para que a sociedade se reequilibre como próprio indivíduo atingido, no pressuposto de reparar e responder a um anseio daquele que se encontra em uma situação menos favorável ou de impotência (Monteiro, 2014).

Em razão disso, a Lei 12.965 (Lei do Marco Civil da Internet) foi promulgada em 2014, com intuito de estabelecer princípios, direitos e deveres que circundam o uso da internet, bem como determina a postura dos entes federativos em relação ao tema. A

liberdade de expressão é um princípio fundamental que disciplina seu uso, reforçando a ideia de um Estado Democrático Brasileiro, no qual tudo é permitido ao indivíduo desde que a lei não proíba. O art. 7º da referida lei, ressalta essa popularização da internet.

A Carta Magna, no que lhe concerne, estabelece os mecanismos disponíveis que podem ser utilizados a fim de reparar o dano, ou pelo menos amenizar as consequências que o discurso de ódio, disfarçado de liberdade de expressão, pode gerar. Nesse fito, o art. 5º, V dispõe que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem. Toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade (Dias, 2012). A palavra responsabilidade, vem do latim, da palavra "*respondere*" e corresponde a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade. A responsabilidade civil extracontratual remonta ao Direito Romano, datada no século III a.C, uma vez que a pena de Talião (olho por olho, dente por dente). Desde então, perquiriu-se a evolução social, impedindo que o indivíduo sem culpa suportasse penas injustas (Tartuce, 2017).

A responsabilidade civil tem como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Ainda, o art. 187 do mesmo diploma legal informa que também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Posto isso, procura-se o reestabelecimento do equilíbrio social, a partir da observação de três requisitos necessários à configuração da responsabilidade, sendo a conduta, o nexo de causalidade e o dano (Brasil, 2002).

2.3. Penalidades na responsabilidade civil

O que quer que façamos, assumimos responsabilidade por alguma coisa, mas não sabemos o que essa coisa é (Sartre apud Rosenvald, 2014). Consoante o certame acima, sempre que uma pessoa enfrentar prejuízo, seja por lesão física ou moral, que for desrespeitado em seus direitos, inevitavelmente buscará a responsabilidade civil como

meio de obter reparação. Logo, a responsabilidade civil é a retratação de um conflito (Stoco, 2011). Configurando-se como uma obrigação jurídica subsequente, a responsabilidade civil foi instituída com a finalidade de reparar os danos decorrentes da transgressão de um dever jurídico primário. Dessa forma, qualquer conduta humana que resulte em prejuízo para outra pessoa, violando esse dever, será considerada como origem da responsabilidade civil (Gonçalves, 2010).

Para que seja caracterizado o prejuízo indenizável, é necessário que a parte lesada comprove a afetação do interesse do qual é detentora, abrangendo toda a extensão da lesão quando a conduta prejudicial for considerada antijurídica. Embora a compensação pelo dano não se restrinja unicamente ao pagamento em dinheiro, a reparação baseada na responsabilidade civil permanece sempre de natureza patrimonial. Independentemente se o dano é material, envolvendo aspectos financeiros, ou extrapatrimonial, como no caso de danos morais à dignidade da pessoa, há sempre a fixação de uma quantia em dinheiro. Isso reforça que, no âmbito da responsabilidade civil, ela está inserida na esfera do Direito Civil patrimonial (Melo, 2015). Além disso, a compensação pelo dano busca recolocar a vítima na posição que ocupava antes da ocorrência da lesão. Uma vez que o dano já causou prejuízos, tanto na esfera patrimonial quanto extrapatrimonial, é impossível eliminar completamente os efeitos prejudiciais, ou seja, restaurar a situação como se nenhum dano tivesse ocorrido.

Quando uma vítima de dano moral busca reparação, geralmente por meio de uma compensação financeira, como no caso de danos à imagem ou honra, o objetivo não é simplesmente obter uma quantia em dinheiro como contraprestação pela dor sofrida. Busca-se, na verdade, proporcionar meios para atenuar parcialmente as consequências do prejuízo, visando melhorar o futuro do prejudicado ao superar os danos causados. Isso resultaria em um estado de bem-estar, pois seria injusto deixar o ofensor impune diante das consequências de sua conduta (Silva, 2005). Quanto ao dano moral, não se trata de uma indenização, pois o conceito de indenização implica na eliminação completa do prejuízo e suas consequências, o que é impraticável quando se refere a danos

extrapatrimoniais. A reparação desse dano ocorre por meio de uma compensação, não um ressarcimento, impondo ao causador do dano a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro em favor do prejudicado. Dessa forma, ocorre simultaneamente a redução do patrimônio do ofensor e a satisfação do ofendido diante da compensação recebida.

A função punitiva foi empregada no pretérito no mundo jurídico, porém, praticamente caiu em desuso nos tempos contemporâneos devido à clara distinção entre as esferas de responsabilidade no direito civil e penal (Neto, 2010). Essa função é derivada da responsabilidade penal, que visa impor uma pena para retribuir a conduta criminosa por meio de um castigo proporcional. Ademais, busca prevenir a repetição do crime por outras pessoas e pelo próprio autor da conduta criminosa, desempenhando assim uma função preventiva (Noronha, 2010). Apesar de a função punitiva não ser adotada nem aceita no sistema jurídico brasileiro, devido à orientação reparatória prevista no art. 944 do Código Civil, observa-se na doutrina e jurisprudência contemporâneas um aumento significativo de adeptos a essa função. Atualmente, observa-se que no contexto da compensação por dano moral, há uma corrente que argumenta que essa reparação desperta o sentimento de vingança, baseando-se na ideia de combater o mal de forma retributiva. Assim, a condenação imposta ao ofensor é vista como uma lição para dissuadir a repetição da conduta. Nesse contexto, a tentativa de reparação do dano extrapatrimonial possui uma dualidade: um caráter compensatório, buscando mitigar o sofrimento da vítima, e um caráter punitivo, com o propósito de impor uma penalidade ao causador do dano, resultando em prejuízo ao seu patrimônio devido à indenização paga em favor da vítima (Moraes, 2009).

A função preventiva deriva da função punitiva elencada, pois ao elevar uma condenação por um dano com o propósito de dissuadir o ofensor de repetir o ato prejudicial, ocorre a combinação de uma punição com um ato de prevenção. Apesar de a responsabilidade civil diferenciar-se do direito penal, há uma similaridade no que diz respeito às indenizações, as quais buscam regular as condutas individuais. Nesse sentido, o montante da compensação assume um papel na função preventiva da reparação dos

danos. Considerando que a indenização apenas se concretiza após a prática do ato ilícito gerador do dano, a função preventiva visa desestimular a execução de novos atos ilícitos semelhantes àquele que já foi sancionado (Serpa, 2011).

Já a fronteira do direito à liberdade de expressão é delimitada quando esta, sob o pretexto dessa liberdade, viola a honra, a dignidade ou a própria democracia. Há crimes elencados no Código Penal, que estabelecem restrições à denominada liberdade de expressão, notadamente, injúria, difamação e calúnia (Almada, 2023). Esses delitos são intitulados crimes contra a honra. As sanções possíveis incluem pena de detenção e multa, vejamos:

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível (Brasil, 1940).

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (Brasil, 1940).

Nota-se que, circunstâncias especiais, como a vítima ser pessoa idosa ou com deficiência, podem resultar em penalidades mais severas:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. (Brasil, 1940)

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (Brasil, 2023).

Além disso, a Lei 7.716/89 (Lei dos Crimes Raciais), regula delitos motivados por preconceito de raça ou cor (Brasil, 1989). Recentemente, ela foi alterada pela Lei 14.532/2023 que equipara a injúria racial ao crime de racismo. Com isso, a pena tornou-se mais severa com reclusão de dois a cinco anos, além de multa, não cabe mais fiança e o crime é imprescritível. Nesse ínterim, configura discriminação qualquer conduta que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida a indivíduos ou grupos minoritários, de modo que não seria usual dispensar tal tratamento a outros grupos em virtude de cor, etnia, religião ou procedência. A pena será agravada quando o delito envolver duas ou mais pessoas, funcionário público em suas funções ou ocorrer em contextos de descontração, diversão ou recreação.

3. O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO POR EXCESSOS COMETIDOS

A liberdade de expressão é um direito fundamental garantido pela Constituição. Basta leremos os artigos 5º, IV, IX, XIV e 220 da nossa Constituição Federal. O seu exercício é uma garantia da dignidade humana e da estrutura democrática do país. O surgimento do espaço virtual ou do mundo online apresentou novas perspectivas, trouxe novos dilemas ao judiciário e deixou o sistema jurídico preocupado sobre como fornecer proteção jurídica à dignidade dos usuários da Internet (Masson, 2016).

Ademais, a lei que criou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) regista o apoio às exigências de liberdade de pressão e a manifestação de pensamento, a ideia adotada pelo Brasil é proteger o uso da Internet pois a ausência desse limite no território brasileiro prejudicaria outros direitos dos cidadãos, como é o caso de proteger sua privacidade. No entanto, alguns internautas não cumpriram essas restrições necessárias para fazer uso benéfico das redes sociais invadindo os direitos da outra parte através de atos ilegais e criminosos. Ao contrário desses comportamentos a expressão é garantida às pessoas, porém, a questão central baseia-se na maneira que alguns usuários utilizam esse

meio de modo indiscriminado, prejudicando seres humanos que estão do outro lado da tela.

Muito se escuta falar que a internet é terra sem lei. Isto ocorre devido ao seu uso inadequado, causando danos a diversas pessoas, mediante utilização de palavras e expressões cruéis em um ambiente onde as pessoas julgam ou são julgadas constantemente. E de fato, não temem ser punidas por seus atos impensados, apenas por estarem protegidas atrás de um monitor.

Derivada do inglês *Hate Speech*, na língua portuguesa ‘discurso de ódio’, a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos e, na maioria das vezes, entre as minorias, enquadra-se neste conceito (Marques, 2009). O discurso de ódio constitui um abuso da liberdade de expressão, quando essa expressão de pensamentos e sentimentos atinge os direitos fundamentais. Por outro lado, o discurso precisa necessariamente chegar a uma comunidade, mesmo que seu propósito seja para alguém específico.

Nesse sentido, temos o discurso de ódio racista e discriminatório que assumiu novas formas no ambiente em ascensão, a internet. Indivíduos que claramente se sentem protegidos através do anonimato, utilizam dessa ferramenta para difundir o discurso, fazer comentários racistas e discriminatórios através das redes sociais, falar de forma ofensiva, denegrindo através de palavras, mensagens, imagens e vários outras formas de conteúdo que difamam e ofendem determinados grupos e indivíduos da sociedade por qualquer motivo.

Vejamos na prática a responsabilização por crime de discriminação e preconceito de procedência nacional através de comentário propagando por usuário através do aplicativo Facebook:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO DE PROCEDÊNCIA NACIONAL. ARTIGO 20, § 2º, DA LEI N. 7.716/89. PUBLICAÇÃO DE MENSAGEM OFENSIVA, DIRIGIDA À COLETIVIDADE PERTENCENTE À REGIÃO DO NORDESTE DO PAÍS, EM REDE SOCIAL "FACEBOOK". SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AVENTADA ATIPICIDADE DO CRIME ANTE A AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APELANTE QUE, APÓS O RESULTADO DA ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DO ANO DE 2014, PÚBLICA TEXTO PEJORATIVO, DISCRIMINATÓRIO E PRECONCEITUOSO AOS HABITANTES DA REGIÃO DO NORDESTE DO PAÍS. VEICULAÇÃO DE

EXPRESSÕES QUE DEMONSTRAM DESPREZO E REPÚDIO À COMUNIDADE NORDESTINA. PROVA ORAL FIRME E COERENTE EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA SUSTENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. EXALTAÇÃO DE ÂNIMO, DECORRENTE DE REVOLTA POLÍTICA, INCAPAZ DE EXCLUIR O CRIME. DOLO ESPECÍFICO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO IRRETORQUÍVEL. "Configura crime de racismo, a oposição indistinta à raça ou cor, perpetrada através de palavras, gestos, expressões, dirigidas a indivíduo, em alusão ofensiva a uma determinada coletividade, agrupamento ou raça que se queira diferenciar. Comete o crime de racismo, quem emprega palavras pejorativas, contra determinada pessoa, com a clara pretensão de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça" (Santa Catarina, 2019).

No caso em tela o usuário fez um comentário direcionado aos nordestinos inferindo que são pessoas sem vergonhas, que vivem de bolsas e que vão para outro estado, constituído de descendentes europeus, nos dizeres do ofensor, atrás de melhores condições de vida, deduzindo ainda que são pessoas insignificantes no planeta. Nesse sentido interpôs recurso de apelação alegando atipicidade da conduta, sendo negado provimento e mantido cumprimento das penas cabíveis (Santa Catarina, 2019).

Em outro caso, o Ministério Público Federal apresentou queixa contra um deputado que realizou comentários tendenciosos, sob a acusação de incitação ao ódio e discriminação, que utilizou a rede social X (antigo Twitter) para afirmar: "a podridão dos sentimentos dos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, a rejeição". O STF enfrentou esse fato atípico. O despacho nega o discurso do deputado e indica o caminho para uma decisão sob legislação específica que classificaria tais condutas. Também estabelece a existência do fenômeno do 'discurso de ódio' (ou manifestações de discurso de ódio), chamado *hate speech*, no voto do ministro Luís Roberto Barroso, conforme afirma um trecho da votação ministerial (Brasília, 2014):

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia (Brasil, 2014).

Por outro lado, a liberdade de expressão não pode ser usada para difamar, insultar, difamar, tolerar crimes, ameaçar ou incitar à discriminação. O terreno fértil, atualmente, são as redes sociais, através da internet, onde os indivíduos podem disseminar rapidamente informações sem a necessidade dos seus comunicadores ou distribuidores se preocuparem com a fonte.

Infere-se, portanto, que a internet não é “terra de ninguém” e a liberdade de expressão existe, contudo se for usada de forma extrapolada haverá penalidades por seu “mal-uso”, mediante responsabilização civil ou penal, como em casos expostos.

3.1. Caráter absoluto e a liberdade de expressão

A liberdade de expressão garante a capacidade de expressar opiniões demonstrando direitos negativos salvaguardando o discurso e depois proibindo a censura, mas, na mesma linha, também pode ser visto como um aspecto positivo, pois garante acesso individual aos meios de comunicação. A partir deste ponto, podemos analisar as dimensões duais da liberdade de expressão, ora seja por um lado, subjetivo, baseado nas já discutidas leis negativas, renúncias e não impedimento, por outro lado, é objetiva e consistente com a obrigação do Estado de proteger e promover outros direitos. Nesse contexto o jurista brasileiro Ingo Sarlet faz a ponderação em sua dimensão objetiva como transindividual:

Ainda no que diz com a sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão, para além de um direito individual (na condição de direito subjetivo), representa, como já frisado, um valor central para um Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade humana, na qual, como já visto, encontra um dos seus principais fundamentos (senão o seu principal fundamento). Assim, em função de tal circunstância, cuida-se de um valor da comunidade política como um todo, e nesta perspectiva a liberdade de expressão adquire uma dimensão transindividual, como, de resto, já se verificou, ocorre em termos gerais com os direitos fundamentais na sua perspectiva objetiva (Sarlet, 2008, p.155).

Neste sentido percebe-se que as restrições à liberdade de expressão são um tema controverso que promove uma série de discussões.

Os direitos de personalidade e as liberdades são intrínsecos à dignidade humana, assim, não fogem à regra da limitação, conforme explica Garcia:

Conquanto emanem do princípio mais amplo da dignidade humana, tais direitos não assumem um caráter absoluto, o que inviabiliza seja previamente identificado um escalonamento hierárquico entre eles ou mesmo que os tribunais entendem, preponderante em todo caso um desses direitos. Nessa perspectiva, sua harmonização pressupõe que seja identificado o seu conteúdo essencial e, tanto quanto possível, sejam individualizadas pautas objetivas que direcionam a ponderação a ser realizada sempre que presente a colisão (Garcia, 2008, p.393).

Podemos concluir que mesmo se tratando de um direito, não assume a posição de absoluto e que deve ser garantido uma ponderação no judiciário sempre que haver esta colisão.

Levando para o lado americano, a própria administração Joe Biden incentivou a remoção de conteúdos repletos de notícias falsas e desinformação das redes sociais, e empresas como o Facebook e o Instagram tomaram medidas de vanguarda, mas os opositores sempre compreenderam toda a extensão da remoção. No entanto, a experiência do Brasil nesta questão é diferente, tomando ações preventivas e repressivas quando indivíduos violam padrões éticos, morais ou legais, e alertando que a liberdade de expressão é de fato limitada dentro do sistema jurídico nacional (Barbosa, 2022).

O pesquisador brasileiro Wilson Gomes, da UFBA, destaca contradições inerentes ao conceito de liberdade de expressão absoluta, o qual ele categoriza como libertarianista. Essa perspectiva representa uma abordagem mais radical do liberalismo, defendendo significativa redução da intervenção do Estado na vida dos cidadãos (Magenta, 2022). Senão, vejamos:

Não existe liberdade de expressão absoluta. Só nessa concepção libertarianista. Ou seja, 'eu posso dizer o que quiser, eu posso falar o que quiser, posso me comportar como quiser e o Estado não pode censurar o que eu digo, e nem a Lei nem nada pode me punir. Nem eles acreditam nisso. Porque, no fundo, no fundo, a qualquer momento eles partem para cima de outros. Os professores não podem ter liberdade de expressão, por exemplo, porque isso seria a doutrinação comunista, afirma Gomes, autor de *Crônica de uma Tragédia Anunciada: Como a Extrema-Direita Chegou ao Poder* (Gomes apud Magenta, 2022).

Outrossim a liberdade de expressão é assegurada, contanto que não promova ódio ou violência contra pessoas ou instituições. É viável criticar o STF, o presidente da República ou o Congresso, defender o fechamento dessas entidades, rotular seus membros como comunistas, fascistas ou até genocidas. Também é permitido apoiar o voto impresso, a

reforma agrária, o voto censitário ou o retorno da monarquia. No entanto, incitar a invasão de prédios públicos para agredir seus membros, sugerir o uso da força para intimidar parlamentares ou juízes, promover a homofobia, o racismo ou a intolerância religiosa são comportamentos que não se enquadram nos limites da Constituição, uma vez que incitam violência e discriminação. Por mais paradoxal que pareça, para preservar a tolerância é necessário ser intolerante com aqueles que advogam pelo fim das liberdades públicas por meio da violência. O Estado de Direito não pode permitir manifestações violentas visando o término do próprio Estado de Direito (Bottini, 2021).

Infere-se, portanto, que a liberdade de expressão é uma garantia fundamental, contudo esta não pode ferir outras que também são, principalmente no âmbito da internet como preceituado anteriormente. Logo, é válida desde que esteja dentro dos limites impostos por nosso ordenamento jurídico, pois não é absoluta.

3.2. Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa

A primeira se refere à liberdade individual e ao direito humano fundamental da palavra, da expressão. A segunda, à liberdade da sociedade ou de empresas comerciais, a imprensa ou a mídia de tornar público o conteúdo que consideram informação jornalística e entretenimento (Lima, 2010). Nesse ínterim, o verdadeiro detentor dos direitos humanos e das liberdades fundamentais não é uma entidade como a imprensa ou a mídia, mas sim o indivíduo humano, ou seja, a ênfase recai na importância dos direitos humanos pertencerem aos seres humanos individualmente, ressaltando a primazia dos direitos individuais sobre instituições específicas (Nordesnstreg, 2007). Enquanto a liberdade de expressão está relacionada à manifestação individual de ideias, a liberdade de imprensa surge como uma garantia dessa liberdade, mediada pelos meios de comunicação.

A resistência dos grandes meios de comunicação no Brasil em relação a propostas de controle social, destacando a autopercepção desses meios como estando acima de regulamentações. Em contraste com países como Estados Unidos e Inglaterra, que possuem formas de regulação da mídia, como restrições à propriedade cruzada, a mídia

brasileira muitas vezes se considera imune a tais restrições. No âmbito governamental, já foram sugeridas medidas como proibir agentes públicos de iniciar processos judiciais contra jornalistas. No entanto, na prática, a liberdade de expressão é abstrata, pois apenas a classe dominante, detentora dos meios de comunicação e apoiada pelo Estado, tem voz e poder de influência, analisemos:

A liberdade de expressão é uma criação da sociedade capitalista, da burguesia em sua luta com a nobreza. A nobreza não permitia, assim como a igreja, que qualquer discurso fosse feito. A burguesia, com apoio de outras classes, consegue impor uma nova realidade, novas ideologias, supostos "novos direitos". Ela conquistou o aparato estatal e o usou para seus interesses, censurando e impedindo a "liberdade de expressão" de milhões. A burguesia usava os meios de comunicação existentes e posteriormente, com a emergência do capital comunicacional (rádio, tv, etc.) conseguiu impor suas concepções, ideologias, produtos artísticos, etc (Viana, 2015, p. 14).

A burguesia, garantida pelo monopólio do capital, controle dos meios de comunicação e influência estatal, é quem desfruta da liberdade de expressão. Além disso, as classes subalternas têm limitações para se expressar, sendo muitas vezes restritas à audiência proporcionada pelos grandes grupos de comunicação. Em uma sociedade marcada pela luta de classes, a liberdade de expressão é uma ilusão, pois quem detém o poder impõe sua expressão, enquanto os menos privilegiados têm espaços limitados ou nenhuma oportunidade para manifestar suas opiniões. O jornalismo desempenha um papel crucial na luta de classes entre a burguesia e a classe trabalhadora (Marx, 2002). A boa imprensa era a imprensa livre e a má imprensa, a imprensa censurada; em uma lei de imprensa a liberdade pune e em uma lei de censura a liberdade é punida. Assim sendo, a lei de censura é apenas uma imitação de lei, enquanto uma lei de imprensa representa verdadeiramente a legalidade, logo a lei de imprensa não implica censura, a menos que restrinja informações, e sim assegura a verdadeira liberdade de imprensa.

O direito à liberdade de expressão assegura até mesmo a liberdade de o indivíduo optar por não expressar sua opinião, se assim desejar. Lamentavelmente, a liberdade de expressão no Brasil muitas vezes é confundida com a busca desenfreada por audiência pelas emissoras de TV (Simis, 2010). A liberdade de informação não se limita à liberdade do proprietário da empresa de mídia ou do jornalista. O direito desses profissionais é

secundário, pois sua existência e justificação dependem dos direitos individuais das pessoas à informação precisa e imparcial. No sistema capitalista, a liberdade de expressão e de imprensa foram convertidas em liberdade empresarial, destacando-se a liberdade da empresa de mídia (Comparato, 2010).

3.3. Liberdade de expressão e a internet como mecanismo democrático

A liberdade de expressão é essencial para a democracia, sendo considerada um valor fundamental no regime democrático. Ela está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais do ser humano, sendo a expressão do pensamento uma das formas mais importantes dessa liberdade. Além disso, a liberdade de expressão é vista como um dos alicerces da cidadania, não apenas como a titularidade de direitos políticos, mas como a qualificação do indivíduo como participante ativo na vida do Estado e integrado na sociedade. O regulamento estatal da liberdade de expressão no Brasil é considerado um tema delicado, principalmente devido à memória do período autoritário militar. Qualquer esforço do Estado nesse contexto é frequentemente percebido como censura (Binenbojm e Pereira Neto, 2005). De maneira geral, as tentativas de regular o conteúdo ou questões relacionadas nos meios de comunicação são comumente vistas como práticas de censura. Apesar disso, a distinção entre regulação e censura é delicada. Uma censura, de certa forma, pode ser considerada uma forma de regulação de conteúdo, mas nem toda forma de regulação de conteúdo equivale à censura (Pieranti, 2008).

Os seres humanos são inherentemente sociais e capazes de utilizar conceitos. A cultura do cancelamento pode ser vista como uma aplicação de conceitos nos jogos de linguagem que ocorrem dentro de práticas sociais, nas quais há uma reivindicação de correção. Em síntese, um indivíduo observa algo, que ele considera contrário às normas do grupo ao qual pertence. Em seguida, uma figura autoritária, como um membro notório capaz de estabelecer e reforçar as convenções do grupo, mobiliza sua rede de pessoas que compartilham suas crenças para expor o infrator ou constrangê-lo publicamente

(Gomes, 2020). A cultura do cancelamento está fundamentada em uma visão normativa da cidadania democrática que depende de um ideal de tolerância, assumindo assim a existência de um ambiente social comprometido com o pluralismo de ideias, ancorado na compreensão normativa da liberdade de expressão dentro do contexto do liberalismo político. Portanto, parte-se da premissa de que a liberdade é essencial para possibilitar o pluralismo nas sociedades contemporâneas (Camillotto, 2019).

Nas sociedades contemporâneas, a esfera pública é o espaço onde as pessoas debatem os valores sociais com base em suas experiências individuais. Nesse contexto, as razões e justificativas para lidar com questões práticas da vida social são moldadas pelos valores e convicções dos cidadãos (Werle, 2013). Enquanto o cancelamento pode ser visto como um obstáculo à diversidade na esfera pública, empobrecendo a democracia, também pode ser interpretado como uma nova forma de compartilhar discursos, influenciada pela ampliação da esfera pública, incluindo tanto a intelectualidade acadêmica quanto os cidadãos comuns, especialmente por meio das redes sociais (Bentes, 2020). Portanto, a liberdade de expressão deve ser protegida não apenas por informar a tomada de decisões governamentais e o voto, mas também por possibilitar a formação da opinião pública em uma sociedade culturalmente diversa. É crucial não apenas em debates sobre o governo, mas também na capacidade de deliberar sobre a identidade coletiva do povo.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é um pilar fundamental da sociedade democrática, consagrada como direito humano em tratados internacionais e refletida na legislação. No entanto, essa liberdade não é irrestrita e, às vezes, colide com a necessidade da responsabilidade civil para garantir um convívio social equilibrado. Nesse contexto, analisando a amplitude da liberdade de expressão e os parâmetros que regem a responsabilidade civil, especialmente no cenário atual, observa-se que a internet desempenha um papel central na disseminação de informações. Os tratados

internacionais, protegem o direito de indivíduos expressarem suas opiniões sem interferência governamental indevida. Contudo, a Constituição Federal do Brasil impõe limites para evitar abusos e proteger outros direitos igualmente importantes.

A responsabilidade civil, por sua vez, surge como um contrapeso necessário. Ela implica o dever de reparar danos causados por atos ilícitos, garantindo que a liberdade de se expressar não seja usada como justificativa para prejudicar a reputação alheia. A vista disso, os parâmetros são estabelecidos para definir a extensão dessa responsabilidade, sendo crucial considerar a intenção, a veracidade das informações e o contexto em que são feitos. Na era digital, a liberdade de expressão na internet tornou-se um ponto de grande relevância, visto que a facilidade de disseminar informações trouxe à tona questões sobre a responsabilização por excessos cometidos. Destaca-se ainda, que em conjunto com a liberdade de imprensa, torna-se crucial para a democracia, mas é preciso equilibrar a proteção da imprensa com a responsabilidade pelas informações divulgadas.

A liberdade de expressão e a responsabilidade civil é um desafio, especialmente diante das dinâmicas da sociedade moderna. É essencial encontrar um equilíbrio adequado para preservar a integridade do debate público, garantindo que a liberdade de expressão seja exercida de maneira responsável. Em síntese, esse trabalho tem por finalidade esclarecer à sociedade que, em casos de ofensas nas redes sociais, há possibilidade de reparação para a vítima, sem que seja obrigatória a proibição da liberdade de expressão do ofensor.

THE EXERCISE OF FREEDOM OF EXPRESSION ON SOCIAL NETWORKS AND CIVIL RESPONSIBILITY

ABSTRACT

With the scenario of digital interaction connected by the internet, the objective of this work is to examine the problem that involves the exercise of the right to freedom of expression and communication in the virtual environment, more precisely on social networks, as well as questioning its limits and the civil liability due to the production and publication of content in these collaborative environments. Furthermore, through a deductive approach, an analysis of today's society will be carried out, as well as the right to free expression of thought and its interface with the internet. Finally, we will discuss the responsibility for exercising this right,

with an emphasis on human rights and related legislation, with the aim of consolidating the argument to be developed.

Keywords: Internet. Freedom of Expression. Accountability. Legislation.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Gisele de Mello. Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa. Disponível em: <<https://cidadeitapetininga.com.br/opiniao/gisele-de-mello-almada-liberdade-de-expressao-x-liberdade-de-imprensa/>>. Acesso em: 10 jan 2024.

BARBOSA, Caio César do Nascimento. Afinal, a liberdade de expressão é um direito absoluto? Magis Portal Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://magis.agej.com.br/afinal-a-liberdade-de-expressao-e-um-direito-absoluto/#fnref-8090-3>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Re-nan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

BENTES, Ivana. Nós, os brancos, e a nova partilha discursiva. Revista Cult, 12 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/nos-os-brancos-e-a-nova-partilha-discursiva/>>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio de: FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Editora Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites da liberdade de expressão. Universidade de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 593, de 17 de fevereiro de 2023. Regulamenta o art. 5º, IV da Constituição Federal, dispondo sobre garantias para o exercício da liberdade de expressão. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2349010>>. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juspodivm. 6. ed. JusPODIVM, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre as normas e os princípios fundamentais do Direito Penal no Brasil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Intitui o Código Civil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 06 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Estabelece normas para a punição de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor no Brasil. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASÍLIA. INQUÉRITO CRIMINAL: INQ 3590. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 12/08/2014, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, 2014. Disponível em :
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CAFIERO, Carlo. Compêndio de "O Capital". São Paulo: Centauro Editora, 2001.

CAMILLOTO, Bruno. Liberdade: a condição de possibilidade do pluralismo a partir do pensamento de Rawls. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 14, n. 3, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia. São Paulo: Publisher, 2010.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1789). Primeira Emenda Constitucional, de 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2023.

FERNANDES, Danielly. Brasil cai em ranking global de liberdade de expressão, revela estudo. Jota Newsletter, São Bernardo do Campo, Jun. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressao/brasil-cai-em-ranking-global-de-liberdade-de-expressao-revela-estudo-30062022>>. Acesso em: 05 dez. 2023.

FERREIRA, Lucas. Os tratados internacionais e a liberdade de expressão e de imprensa. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/149>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Wilson. O cancelamento da antropóloga branca e a pauta identitária. Folha de São Paulo, 11 de agosto de 2020. Disponível em:
https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/08/o-cancelamento-da-antropologa-branca-e-a-pauta-identitaria.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail. Acesso em: 20 jan. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Paulo Alceste Teixeira da Cunha. Elementos da Responsabilidade Civil. Artigo Jus Brasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/elementos-da-responsabilidade-civil/339530279#:~:text=Em%20regra%20geral%20a%20responsabilidade,Culpa%20e%20o%20Nexo%20Causal>>. Acesso em: 05 jan. 2024.

KUCINSKI, Bernardo. Prefácio de: LIMA, Venício Artur de. Regulação das comunicações: história, poder e direitos. São Paulo: Paulus, 2011. p. 9-17.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. 1. ed, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Venício Artur de. Liberdade de expressão x Liberdade de imprensa: Direito à comunicação e democracia. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

MAGENTA, Matheus. O que é liberdade de expressão? BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-62550835>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

MAINENTE, Mariana. Justiça brasileira aplica decisão da Corte IDH para garantir liberdade de expressão. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-brasileira-aplica-decisao-da-corte-idh-para-garantir-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARX, Karl. O Capital. Livro I, v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 336p.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo Código. O novo código civil e a constituição. Revista TST. Volume 76, n. 1. Brasília, jan.-mar. 2010. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13478>>. Acesso em: 10 jan. 2024.

NORDENSTRENG, Kaarle. Mitos sobre a liberdade de imprensa nas pesquisas sobre jornalismo brasileiro, v. 3, n. 1, 2007.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2023.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. Responsabilidade Civil: resumo doutrinário e principais apontamentos. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinarioeprincipais-apontamentos>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

PIERANTI, Octavio Penna. O Estado e os direitos fundamentais no Brasil: a colisão entre o direito de propriedade e a liberdade de expressão. Revista de direito público da economia, v. 14, n. 54, 2008.

RIO DE JANEIRO. TJ. APELAÇÃO: Apl 0432262-13. Relator: Des. Norma Suely Fonseca Quintes. DJ: 13/01/2014. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/116658219>>. Acesso em: 03 jan. 2024.

ROSENVOLD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. TJ. APELAÇÃO CRIMINAL: APR 00047111820158240054 0004711-18.2015.8.24.0054. Relator: Ernani Guetten de Almeida. DJ: 12/03/2019, Terceira Câmara Criminal. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/685075854>>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Revista da Ajuris, 2008.

SATHLER, André; FERREIRA, Renato. Declaração Universal dos Direitos Humanos Comentada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fbd.camara.leg.br%2Fbd%2Fbitstream%2Fhandle%2Fbdcamara%2F40732%2Fdeclara%25C3%25A7%25C3%25A3o_dh_sathler.pdf%3Fsequence%3D2%26isAllowed%3Dy&psig=AOvVaw1CNjvimVMDv7iPRSDawx3J&ust=1712755977956000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAcQrp0MahcKEwiYysSwn7WFAXUAAAAAHQAAAAAQBA>. Acesso em: 26 nov. 2023.

SÃO PAULO. TJ. APelação Cível: AC 11007428020188260100. Relator: Alexandre Coelho. DJ: 19/12/2019, 8ª Câmara de Direito Privado. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/913283357>>. Acesso em: 15 jan. 2024.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. 2011. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMIS, Anita. Conselho de Comunicação Social. Uma válvula para o diálogo ou para o silêncio. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 25, n. 72, 2010.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 07 dez. 2023.

VIANA, Nildo. A Liberdade de Expressão numa Sociedade sem Liberdade. Revista Posição, v. 2, n. 5, 2015.

O PERFIL SOCIAL DO DELINQUENTE COMO ALVO DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Marcela de Oliveira Rodrigues³⁸

Maria Paula Vilela de Almeida³⁹

Gabriel de Castro Borges Reis⁴⁰

RESUMO

Este trabalho aborda os aspectos culturais do Brasil relacionados à percepção da pobreza e da criminalidade, destacando como a aplicação da lei penal é desproporcional quando associada a pessoas em situação de vulnerabilidade social. A análise possui como foco a forma como a sociedade muitas vezes estigmatiza os indivíduos de baixa renda, considerando suas ações criminosas como mais condenáveis do que as de outros estratos sociais. No contexto jurídico, discute-se o papel dos aplicadores do direito, como juízes, promotores e advogados, no enfrentamento dessa questão. O trabalho argumenta que esses profissionais têm o dever de atuar de forma imparcial e justa, sem preconceitos em relação à classe social dos envolvidos em casos criminais. Além disso, destaca-se a importância da compreensão dos aspectos históricos, culturais e sociais que influenciam na criminalidade, visando a adoção de medidas mais eficazes e humanizadas no sistema de justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Divergência entre Classes. Estereótipos. Encarceramento. Legislação.

INTRODUÇÃO

A cultura do encarceramento é uma realidade corriqueira dos sistemas de justiça criminal ao redor do Brasil, refletindo na crescente tendência do anseio pelas penas privativas de liberdade, com penalidades exorbitantes, e muitas vezes despidas de amparo legal e principiológico. Desse modo, a atuação estatal tem se mostrado ineficaz ao aumento da criminalidade, haja vista as medidas que são utilizadas como resposta ao comportamento daquele que é tido como um delinquente, a fim de fantasiar uma falsa segurança social.

³⁸ Estagiária de graduação da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Defensoria Pública do Estado de Goiás e aluna do 9º período do curso de direito da Faculdade Evangélica Raízes, e-mail: marcelardgs15@gmail.com

³⁹ Estagiária de graduação da 1ª Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado de Goiás e aluna do 9º período do curso de direito da Faculdade Evangélica Raízes, Anápolis-GO e-mail: mp.viilela7@gmail.com.

⁴⁰ Professor orientador, mestre pelo programa de pós-graduação interdisciplinar de Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPGDH/UFG), e-mail: gcborgesreis@hotmail.com.

Assim, o indivíduo que é visto à margem da sociedade e das engrenagens econômicas se destaca como alvo central de métodos punitivistas, fazendo com que sua posição esteja diretamente atrelada aos complexos fatores históricos e psicológicos que contribuíram para o crescimento da criminalidade.

Este artigo propõe, portanto, uma análise do delinquente sob uma ampla perspectiva, explorando como essa abordagem influencia na percepção e no tratamento dos indivíduos envolvidos no sistema de justiça criminal, bem como as implicações desta problemática para a sociedade e para o próprio ordenamento pátrio, questionando sua eficácia e a inaplicabilidade de princípios humanitários.

A cultura do encarceramento tem suas raízes em uma série de crenças e valores arraigados na sociedade, que muitas vezes associam a criminalidade à moralidade individual e à falta de responsabilidade pessoal. Essa visão simplista tende a desconsiderar as complexas circunstâncias que levam indivíduos à prática de crimes, como a falta de oportunidades socioeconômicas, a exposição à violência e a experiências traumáticas na infância.

Ao focalizar exclusivamente na punição e no isolamento dos infratores, a cultura do encarceramento negligencia a possibilidade de abordagens mais eficazes e humanizadas, que levem em consideração o contexto social e psicológico dos envolvidos.

Ademais, a aplicação da lei penal tem sido criticada por seu impacto desproporcional sobre determinados grupos sociais, especialmente com relação a minorias étnicas e pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Estudos têm demonstrado que esses grupos são o principal alvo das políticas de encarceramento em massa, evidenciando um viés discriminatório e visivelmente seletivo dentro do sistema de justiça criminal.

Diante desse cenário, torna-se fundamental refletir sobre os deveres dos aplicadores do direito no contexto da cultura do encarceramento. Juízes, promotores, advogados e demais profissionais responsáveis por resguardar o ordenamento jurídico detém de uma função que transcende os ideais positivados, para que seja garantida uma

justiça equitativa, respeitando os direitos e a dignidade de todos os indivíduos envolvidos. Isso implica questionar diversos pressupostos que vêm sendo ignorados, com o objetivo de trazer alternativas mais eficazes e humanizadas para lidar com esta problemática.

Nesse sentido, haverá através do presente artigo um debate sobre a cultura do encarceramento, analisando criticamente seu impacto sobre o perfil do delinquente e defendendo uma abordagem mais sensível e contextualizada no tratamento dos problemas criminais. Ao fazê-lo, espera-se fomentar uma reflexão mais ampla sobre o papel do sistema de justiça criminal na sociedade contemporânea, e sobre os valores que orientam suas práticas jurídicas e políticas.

2. DO CONCEITO À PRÁTICA: EXPLORANDO A INTERAÇÃO ENTRE POBREZA E CRIME

Antes de adentrar ao estudo da relação entre criminalidade e pobreza, é necessário perfazer o caminho do aspecto conceitual de ambas as temáticas. Sob um ponto de vista pragmático, crime é um fato humano, típico, antijurídico, culpável e punível. A pobreza, por sua vez, está atrelada aos aspectos sociais e políticos de uma nação, ao inerte desenvolvimento regimental quanto à disponibilidade de recursos, e à ausência de comprometimento das políticas públicas com o oferecimento de oportunidades básicas.

Sob essa perspectiva, haverá, portanto, uma fundamentação acerca da sociologia do conflito, a resposta para o seguinte questionamento: de que forma a pobreza pode influenciar na criminalidade e vice-versa? Conforme leciona Baratta *apud* Sutherland (2002, p. 127):

O crime é parte do processo de conflito, de que o direito e a pena são outras partes. Este processo começa na comunidade, antes que o direito tenha existência, e continua na comunidade e no comportamento dos delinquentes particulares, depois que a pena foi infligida.

2.1. As raízes sociológicas do conflito

Para identificar o homem, este é analisado e formado a partir de grupos sociais, segundo Durkheim⁴¹, e por eventos biológicos, psicológicos, sociais e culturais:

As tentativas de localizar o homem no conjunto dos seus costumes assumiram diversas direções, adotaram táticas diversas; mas todas elas, ou virtualmente todas, agiram em termos de uma única estratégia intelectual ampla: a que eu chamarei, de forma a ter uma arma a brandir contra ela, de concepção “estratigráfica” das relações entre os fatores biológico, psicológico, social e cultural na vida humana (Gortz, 1989, p. 28).

Somado a isso, em um país fortemente influenciado pelos tempos remotos, tais como a chegada dos portugueses no Brasil, escravidão, Revolta da Chibata, Brasil Colônia, até mesmo em cunho internacional – com a influência Segunda Guerra Mundial, serão denominados “reprovados socialmente” aqueles que mais se assemelham aos sofredores históricos. Fundamentando tais dizeres, depreende-se que:

Como assinala o historiador Caio Prado Jr. (1989), a identidade nacional é fortemente marcada pelo sistema colonial e escravista, em cuja sociedade desenvolveu-se a cultura patriarcal e etnocêntrica. Em tais fatores encontramos raízes da desigualdade brasileira, sobretudo na forte concentração de terra e nas relações sociais. A distância social entre elite proprietária rural e a massa dos trabalhadores delineou as bases da atual concentração de renda. (Santos, 2009, p. 15).

Nessa esteira, depreende-se dos tópicos abordados que o juízo de valor de um indivíduo, diante de toda a menção histórica que persiste no país, restará reprovado. Desde já, ao lançar o olhar, o homem será colocado na qualidade de marginal⁴². Tal julgamento, perante o que é apresentado neste artigo, será resultado de uma análise a partir das informações visuais, armazenamento de saberes históricos nacionais e mundiais, que pesam a balança do corpo social.

2.3. O “estereótipo” do criminoso

⁴¹ Durkheim, tal como Comte, pensava que o homem é fortemente moldado pela sociedade em que ele vive (expressando-se de maneira técnica, ele diz que a consciência individual é sempre moldada e condicionada pela consciência coletiva, isto é, pela mentalidade média da sociedade, seu conjunto de valores e ideias dominantes) e que, por isso, o interesse do sociólogo deve voltar-se apenas para os padrões sociais.

⁴² Que ou quem vive à margem da sociedade, desrespeitando leis, costumes e valores estabelecidos (ex.: *atitudes marginais; vida de marginal*). = delinquente, vagabundo.

É inegável que a identificação do homem está ligada ao seu meio, classe e conduta social. Ele sempre estará conectado a questões analíticas, podendo ultrapassar as questões meramente sociais e alcançando até mesmo o nível de análise anatômica humana. Nesse sentido, foi apontado por Gortz (1989, p. 28):

À medida que se analisa o homem, retira-se camada após camada, sendo cada uma dessas camadas completa e irredutível em si mesma, e revelando uma outra espécie de camada muito diferente embaixo dela. Retiram-se as variegadas formas de cultura e se encontram as regularidades estruturais e funcionais da organização social. Descascam-se estas, por sua vez, e se encontram debaixo os fatores psicológicos – “as necessidades básicas” ou o-que-tem-você – que as suportam e as tornam possíveis. Retiram-se os fatores psicológicos e surgem então os fundamentos biológicos – anatômicos fisiológicos, neurológicos – de todo o edifício da vida humana.

À vista disso, compreendem-se os motivos que levaram Lombroso, psiquiatra criminologista, ao seu estudo do homem delinquente⁴³. Através da observação física, o médico encontrou respaldo para sua pesquisa científica no ano de 1876, na Itália, cujo objetivo era o determinismo biológico do criminoso e, também, sua mentalidade, como se extraí de Lombroso (1876, p.197): “A fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo”.

Para o médico, em sua teoria, não seria difícil localizar um delinquente. Isso se deduz através de sua própria passagem: “É o caráter constante de todos os delinquentes habituais, que bastaria para distingui-lo do caráter do homem normal”. (Lombroso, 1876, p.53).

Apesar da errônea análise com base apenas na anatomia, Lombroso acerta e comprehende a existência de um padrão para identificação da índole do homem.

Resultado disso tem-se milhares de abordagens policiais realizadas sem fundadas razões, onde o indivíduo é visto como criminoso pelo simples fato de ter pele negra –

⁴³ Uma das marcas indeléveis de Lombroso é o seu estudo que finaliza com o paradigma de que o criminoso possui traços que indicam sua criminalidade. Alguns juristas costumam chamar isso de “tipo lombrosiano” ou de “ladrão com cara de ladrão”.

especialmente por esse fator –, vestimenta, e diversos outros aspectos superficiais que por si só estão atrelados a características que a sociedade decidiu definir como alguém delinquente.

O artigo 244 do Código Penal⁴⁴ descreve com clareza as hipóteses pelas quais deve ser realizada a busca pessoal sem mandado judicial, de forma que a mera “intuição policial” não é suficiente para tanto. O que ocorre, de fato, são suposições diretamente relacionadas ao estereótipo do criminoso, dando espaço para que o poder da polícia seja utilizado de forma discricionária.

Em um estudo feito pelo Centro de Estudos de Segurança Pública e Cidadania (CESEC), em 2022, foi demonstrado que 63% (sessenta e três por cento) das abordagens policiais na cidade do Rio de Janeiro são com pessoas negras, a ainda que 15% (quinze por cento) dessas mesmas pessoas já foram abordadas mais de 10 (dez) vezes, estando em situações que jamais são tidas como atitude suspeita com relação a pessoas brancas. Para exemplificar, Resende (2022, online) apontou um acontecimento recente do jovem Yago Corrêa:

Um exemplo recente, citado no estudo, foi do jovem Yago Corrêa, de 21 anos, que foi preso como suspeito, após sair para comprar pão, na favela do Jacarezinho, na zona norte da capital. O rapaz, que trabalha como entregador, estava em um churrasco, quando decidiu sair para comprar pão. Ao deixar a padaria, ele percebeu uma confusão envolvendo policiais militares e, com medo, se abrigou em uma farmácia, onde acabou sendo detido pelos militares.

Ademais, a escolha dos militares ao defenderem a “atitude suspeita” abrange também as revistas pessoais sem nenhum motivo aparente. A pesquisa supracitada menciona que “metade dos entrevistados foram revistados fisicamente. Entre eles, 84% eram homens, 69% eram negros, e 70% eram moradores de favelas e bairros de periferia. Em contrapartida, somente 10% dos brancos são revistados”.

⁴⁴ Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

É indiscutível, portanto, que exista um estereótipo para o criminoso, alimentando, cada vez mais ideais racistas e despidos de humanidade, sendo espantosa a forma como o Poder Público se mostra inerte diante de tal situação.

2.4. O direcionamento cultural e normativo das práticas delitivas

Durante toda a evolução histórica do direito, percebe-se um redirecionamento das práticas delituosas. Segundo Foucault (1975), o que antes eram em sua maioria delitos de “sangue” praticados em detrimento do corpo físico humano, passam a ser delitos de patrimônio: roubo e furto de bens, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, e tudo o que se relaciona com os aspectos econômicos de uma nação.

Essa inversão metódica, ocasionada pela globalização, se deu em consonância com os novos meios de legislar e punir. A tipificação dos crimes patrimoniais fora elaborada com o intuito de garantir uma segurança indissociada com a busca pela verdadeira justiça. Há, portanto, no atual cenário jurídico brasileiro, um progresso fantasioso de que as garantias fundamentais serão consagradas no âmbito político assim como o são na Constituição Federal.

Através de uma breve análise histórica, percebe-se que, na era positivista, a investigação do criminoso era contemplada através de um aspecto físico e psicológico, isso fazia da criminalidade uma espécie de anomalia humana. Os tipos penais eram produzidos para serem aplicados de forma imutável, ainda que em diferentes casos, inexistindo a preocupação com o estudo sociológico do que levou a prática delituosa em si. Logo, o problema sempre aparecava estar no indivíduo. À vista disso, Baratta (2002, p. 39) leciona:

O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente e independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores.

Destarte, ainda que teoricamente ultrapassada, a instrumentalidade estatal de combate a essa problemática é repleta de resquícios da metodologia positivista, onde a pena não é voltada para o fim da prática delituosa, embora seja caracterizada como

"reeducativa", mas sim, para o esgotamento e exclusão de certo grupo de indivíduos que estiverem em desacordo com o bem-estar social.

Baratta (2002, p. 12) descreve esse fenômeno dos tipos penais atrelados à classe baixa como uma forma de filtragem e distribuição social da criminalidade, desse modo, os costumes punitivistas perfazem como uma "questão científica decisiva".

Portanto, o processo penal brasileiro está sistematizado para atender as necessidades criadas pelo domínio do próprio Estado. A marginalidade inerente à cultura da violência e do desemprego é combatida pelo objetivo velado de perpetuar tal problemática. Isso gera diversas dúvidas jamais respondidas de maneira expressa, mas que, ao compreender o procedimento pelo qual está submetido o ordenamento jurídico, são desvendadas e assim se escancaram as normas e penalidades específicas a cada classe social.

2.5. Sob a lente do conflito: desvendando os vínculos entre pobreza e criminalidade

A princípio, cumpre salientar que a maneira pela qual as prerrogativas econômicas podem influenciar no aumento das condutas delitivas é diretamente atrelada ao comportamento violento daqueles que estão em completa situação de vulnerabilidade social, como uma espécie de revolta contra o próprio sistema que os pune reiteradamente com a ineficiência de oportunidades e direitos básicos.

Nesse sentido, o crime é interpretado como uma espécie de corolário da miséria e da violência contra um determinado grupo social, onde o principal objetivo das políticas públicas não é voltado para práticas sociais que de fato são necessárias, mas sim para punir, cada vez mais e de maneira rigorosa aquele que é visto como vilão.

Foucault (1984) leciona acerca dessa problemática de maneira estrutural. Na segunda metade do século XVIII, houve uma "crise de ilegalidades populares", onde a justificativa para isso é demonstrada no aspecto econômico. As acumulações de capital, bem como os novos mecanismos de funcionalidade pelo estatuto jurídico da propriedade e evolução demográfica, culminaram em uma luta classicista.

Ato contínuo, a oposição de classes refletiu em crimes cometidos pelos hipossuficientes no que se refere à transferência violenta de propriedade, enquanto as ilegalidades da burguesia se limitaram à “possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis” (Foucault, 1984, p. 80). Uma cultura que ultrapassa gerações e se insere no espaço geográfico hodiernamente como um dos principais problemas sociais já vividos.

Sob esta perspectiva, observa-se que a superlotação e a violação de direitos humanos nas prisões no Brasil se dão, especialmente, com relação a aqueles que cometem delitos patrimoniais, uma vez que isto serve para as políticas sociais como um instrumento de controle, de forma que, mascarando essa espécie de segurança social, a população anseia por métodos cada vez mais inflexíveis de punição, e o Estado, para auferir vantagens através desse mecanismo, desvia sua atuação e ignora o que a população de fato carece. Nessa linha de raciocínio, preconiza Arguello (2007, p. 4-28):

Em face da incapacidade de apresentar soluções aos problemas coletivos, as elites políticas, que já não podem prometer uma existência estável aos seus cidadãos, podem ao menos desviar o foco das incertezas individuais sobre como garantir os meios de vida para uma preocupação desatinada com a segurança pública. De um ponto de vista estritamente pragmático, recorrer aos sentimentos vingativos de indivíduos que necessitam ter onde despejar seus temores, sua ira, sua impotência ou seu fracasso pode render muitos votos.

Outrossim, analisando sob o ponto de vista governamental de objetivos ante o atual sistema de penalidades, ainda que anteriormente fossem utilizados métodos mais radicais e publicamente vistos, tornaram-se um reflexo das atuais estratégias políticas.

Bauman (1999)⁴⁵, em sua obra “Em busca da política”, enfatiza um conceito chamado *Unsicherheit*, descrito por Freud, o qual trata-se de um termo alemão utilizado para definir os três pilares que maculam o cenário político: incerteza, insegurança e falta de garantia. É diante desse aspecto que os governantes atuam desde os primórdios, sem

⁴⁵ As fontes de *Unsicherheit* não secarão, cuidando para que a ousadia e decisão de desafiá-las não sejam concebidas de forma imaculada; o verdadeiro poder ficará a distância segura da política e a política permanecerá impotente para fazer o que se espera da política: exigir de toda e qualquer forma de união humana que se justifique em termos de liberdade humana para pensar e agir – e pedir que deixe o palco caso se recuse a ou não consiga fazê-lo.

observância às reais necessidades do país, tendo o poder como o único objetivo pelo qual buscam realizar suas ações.

Por outro lado, Bauman (1999), diz que o *Sicherheit*, expressão alemã também fundamentada por Freud, figura o oposto do *Unsicherheit*, trazendo os três elementos imprescindíveis para a verdadeira funcionalidade estatal, quais sejam: a segurança, a certeza e a garantia. Embora tais elementos não sejam aplicados, são, de fato, o corolário do almejo social.

Com isso as consequências da insuficiência de quaisquer desses alicerces, conforme conclui Bauman (1999, p. 21), resultam na “tendência a buscar defeitos e apontá-los, a arranjar bodes expiatórios e a agredir.”

Desse modo, os métodos punitivistas e despidos de direitos e garantias são utilizados pelo Estado para que haja um maior aceite público de medidas que, ao longo dos anos, foram readaptadas sem mudar sua essência. Segundo Foucault (1975, p. 110-348):

Deslocar o objetivo é mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue, mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são, sem dúvida, as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII.

Dados apontam ainda que o encarceramento em massa se dá em sua grande maioria em decorrência de delitos praticados pela classe baixa, exemplo disso são as informações fornecidas pela pesquisa do “Sistema Prisional em Números”, divulgado em (21/08/2019) pela comissão do Ministério Público, apontando maior superlotação nos presídios da região Norte, local que atingiu o nível de 200%. A região com a menor taxa é a Sul, com 130% os números supracitados são de 2018. Não é mera coincidência que ao sul do país a classe dominante não seja a de pessoas em situação de vulnerabilidade.

É previsível, portanto, a forma como o domínio estatal funcionará, é uma fonte quase inegotável de vícios e uma cultura pela qual a população não está disposta a transformar. De um lado, a plateia assiste ao espetáculo de violabilidade de garantias

revestido de falsa segurança, de outro, há um cultivo à ignorância despendido por aqueles que detêm arbítrio para tal. Com isso, forma-se um ciclo sem fim de irresoluções no que tange às problemáticas sociais.

Isso explica a indecorosa necessidade por vingança, tal como a violência através do poder de polícia e o desejo por penalidades mais brandas e desumanizadas. Foucault (1975, p. 106-348) concebe o entendimento de que essa insegurança vem de investimentos financeiros: "A maneira pela qual a riqueza tende a investir, segundo escalas quantitativas totalmente novas, nas mercadorias e nas máquinas supõe uma intolerância sistemática e armada à ilegalidade"

Portanto, na medida em que a globalização se entrelaça às novas formas de punir, os direitos humanos ganham espaço apenas para aqueles que possuem capacidade de manter os grandes postos na escala econômica. Os delitos da classe mais baixa são cometidos na proporção em que o aspecto punitivista se enrijece. Isso se deve principalmente ao aumento da valorização dos bens e da exclusão daqueles que, para o Estado, servem tão somente como mão de obra barata.

3. ISONOMIA FANTASMA: O IMPACTO DA DIFERENÇA DE CLASSES NO PROCESSO PENAL

3.1. Incongruências da prática jurídica no âmbito penal

Entende-se por isonomia a igualdade de todos perante a lei, conforme leciona o artigo 5º da Constituição Federal. Diante disso, ao se analisar o âmbito jurídico brasileiro, perante a tramitação de cerca de 25,8 milhões de processos, seria ingênuo alegar que tal número obteve um processo legítimo em sua totalidade.

Aliás, quando se fala em processo, não se deve vir à mente apenas a figura do juiz, advogado, promotor e o acusado. Isso significa dizer que o processo é um meio de se obter aquilo que se pleiteia perante um juízo. Em suma, assim traz José Bushatsky "Em geral, processo (*de procedere*) significa uma sucessão de atos, fatos ou operações que se agrupam segundo uma certa ordem para atingir um fim" (José, 1976, p. 8).

Segmentando, sabendo que o processo é uma sequência de atos, há de se falar no ponto de partida deste ato jurídico. Antes de ser apresentada uma denúncia, nos casos de APP⁴⁶, é realizado o inquérito policial, o qual verbaliza os fatos que motivarão o feito do *Parquet*.

À vista disso, existe a possibilidade de se vislumbrar as diversas atuações daqueles que participam do trâmite processual em todo o seu teor, independente de sua fase. Partindo desse ponto, e daquilo que fora debatido no capítulo anterior, adentra-se o seguinte saber aristotélico: Se todo é, algum é.⁴⁷

Trazendo melhor desenvolvimento à baila, se o corpo social brasileiro é corrompido pela ditadura das diferenças e lutas travadas entre as classes sociais, estando o judiciário elencado entre este grupo, também se impregna com tal paradigma.

Porém, “Na opinião de Platão, para captar o sentido de justiça e da natureza de uma vida boa, precisamos nos posicionar acima dos preconceitos e das rotinas do dia a dia” (Michael, 2015, p. 32).

Permanecendo no sítio filosófico, surge o questionamento (método de saber socrático): Perante as raízes preconceituosas brasileiras, como os operadores do direito se posicionam e atuam diante da luta de classes e das disparidades socioeconômicas, e de que forma essas questões influenciam suas práticas e decisões dentro do sistema jurídico?

Os operadores do direito no Brasil têm um papel crucial na luta contra as raízes preconceituosas que permeiam a sociedade. Diante das disparidades socioeconômicas e da luta de classes, eles deveriam se posicionar como agentes de transformação, buscando aplicar o direito de forma justa e igualitária. Essas questões influenciam suas práticas e decisões dentro do sistema jurídico ao levarem em consideração não apenas as normas legais, mas também o contexto social e as desigualdades existentes, visando sempre a garantia dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social.

⁴⁶ Ação penal pública incondicionada.

⁴⁷ Quadro de oposições de Aristóteles: ligação entre o todo e o algum, de modo que o particular é implicado pelo universal. Por exemplo: se “todo homem é branco” é informação verdadeira, logo, a subalterna “algum homem é branco” é igualmente verdadeira.

3.2. A teoria do Direito Penal do Inimigo e sua relação com a jurisdição pátria

Gunther Jakobs, ao criar a teoria do direito penal do inimigo pretendeu colacionar o ideal de que o cumprimento de pena com garantias e normalidades se deve aos cidadãos, de forma que aos “inimigos” - ditos aqueles que delinquem com frequência – deve haver um método exclusivo e desumanizado de condenação. Assim pontua Martín *apud* Jakobs (2007, p. 86):

O fim principal do Direito Penal do Inimigo é a segurança cognitiva. Nele já não há preocupação – como ocorre no Direito Penal geral de conservação ou manutenção da ordem, mas sim, de produzir no entorno sociais condições suportáveis capazes de eliminar todos aqueles que não ofereçam a garantia cognitiva mínima necessária para que possam ser tratados como pessoas.

O posicionamento firmado pelo alemão traduziu, ainda que de maneira indireta, a realidade do cárcere brasileiro, de forma que o merecimento a uma condenação digna não é atribuído àqueles que são excluídos da sociedade, uma vez que já adquiriram a cultura da criminalidade como um estilo de vida. A pena aplicada dessa maneira mostra-se como um massacre, não do crime, mas dos próprios criminosos, resultando na total aversão estatal quanto ao oferecimento de direitos e garantias aos apenados que se inserem nesse contexto.

Nesse ínterim, há a brilhante interpretação de Reis (2019 p. 79) sobre a teoria de Jakobs:

Embora o autor da teoria do direito penal do inimigo tenha sustentado que esta fundamentação teórica fosse apenas uma produção científica descritiva para possibilidade de atuação do Estado pela eleição de inimigos. Por outro, ela pôde contribuir para uma produção acadêmica com potencial de legitimar o Estado a ser mais autoritário e violador de direitos contra estes cidadãos eleitos e selecionados como destinatários do sistema penal.

Ou seja, no ponto de vista de Jakobs, pessoas que insistem em delinquir serão vistas não somente como meros violadores de regras, mas sim como alguém com quem o Estado deve declarar guerra e atuar de forma totalitária e desumanizada.

Desse modo, o autor da teoria defende ainda que o “a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal

do cidadão, enquanto no direito penal do inimigo deveria operar como um puro impedimento físico." (Zaffaroni, 2007, p. 156)

Sob uma perspectiva mais robusta a respeito dessa interpretação, tem-se a discrepância desarrazoada das penalidades atribuídas a um determinado grupo de indivíduos ditos inimigos do Estado. Em uma pesquisa realizada por Nigel Rodley, cujo autor Endo (2018, online) dissertou, com relação a presos provisórios no Brasil do ano de 2000 a 2016, foram colhidos os seguintes resultados:

Diversos presos relataram que já haviam recebido uma condenação ou, mais grave, já poderiam cumprir pena em regime semiaberto, mas eram mantidos em centros de detenção provisória, cadeias públicas ou centros de triagem; Presos provisórios eram mantidos privados de liberdade junto com presos já sentenciados, dividindo, inclusive, as mesmas celas; Muitos presos mencionaram que não tinham assistido às audiências com o juiz, mesmo estando privados de liberdade há vários meses. A maioria desconhecia o andamento de seus processos; Vários presos provisórios informaram estar privados de liberdade há diversos meses e, em alguns casos, há anos, sem ter tido contato com sua defesa ou sem ter participado de qualquer audiência com o juiz; Muitas pessoas foram presas em flagrante por furto ou por crimes de menor potencial ofensivo, de modo que, dependendo do seu perfil e de acordo com normativas nacionais, poderiam responder a seus processos em liberdade. (Endo, 2018, online)

Frise-se, portanto, que o atual ordenamento jurídico e as práticas estatais que tratam determinados grupos como uma mácula social, possuem total congruência com o direito penal do inimigo, tendo em vista que o objetivo não é de fato prevenir a prática de delitos, e sim indisponibilizar a direitos e garantias àqueles que estão sujeitos a delinquir, em especial, com relação a pessoas negras e pobres, conforme preconiza Reis (2019, p. 79):

A aplicação da teoria direito penal do inimigo ao atuar do ER brasileiro, se reflete na eleição de inimigos, sendo eles parcelas da população brasileira (negros e pobres), que sofrem a atuação de um modus operandi marcado pela violência e criminalização da pobreza, que tem suas garantias constitucionais relativizadas para atuação do sistema penal.

Assim, para que ideais punitivistas sejam reiteradamente aplicados, há a sustentação de um sentimento de verdadeiro desprezo contra pessoas que estejam à margem da sociedade, de forma que o processo penal – para os ditos inimigos

exclusivamente – deixa de ser regido com a devida observância aos princípios constitucionais, e passa a ignorar indubitavelmente toda a interpretação de fontes garantistas.

3.3. A prevalência do direito penal do autor nas decisões judiciais

Um dos milhares de erros consagrados no âmbito jurídico-penal é a utilização de prisões que não estejam atreladas às razões do delito em si, visto que são demasiados os casos de medidas radicais em desfavor de acusados em processos criminais ainda que o caso concreto não enseje tal necessidade, prevalecendo práticas jurídicas que adotam teoria do direito penal do autor⁴⁸.

Brunoni (2007, s/p) descreve essa prática como uma possibilidade da "criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc."

Há, nesse cenário, uma espécie de "prima ratio" da prisão durante todo o trâmite processual, onde prevalece a presunção descabida de que por um indivíduo não estar inserido em uma situação de vida digna, o mesmo irá se furtar de seus compromissos legais, uma vez que isso o condiciona a viver delinquindo, independente do delito que tenha cometido.

Para melhor exemplificar, tem-se um caso recente de um morador de rua que teve sua liberdade cerceada preventivamente, ocasião em que o magistrado fundamentou tal medida alegando que o mesmo iria "se utilizar das vias delitivas como meio de sustento" conforme destaca Vital (2024, online):

[...] ele vagava descalço pela estação quando foi abordado por seguranças, que perguntaram se precisava de ajuda. Ele a dispensou, mas passou a ser seguido pelos próximos 40 minutos, quando,

⁴⁸ Para a Escola Positiva, pois, o Direito penal deveria basear-se exclusivamente na necessidade de defesa social e abandonar, por conseguinte, toda a pretensão ética. Nela, o autor é considerado um ser inferior e degenerado, e o delito fruto do estado de perigosidade. Estabelece-se, assim, um maniqueísmo penal: passa a ser tido por um ser perigoso, o qual deve ser patologizado ou neutralizado.

então, tentou tomar a mochila do passageiro. O juiz de primeiro grau decretou a prisão preventiva porque não há provas de que o homem trabalha ou tem endereço fixo. Ele argumentou que colocá-lo em liberdade geraria um “presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento”. Já o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) manteve a prisão por entender que “são promissores os indícios de autoria e razões de ordem pública”.

Ora, não há nenhum fundamento jurídico para a utilização de privação de liberdade em razão da situação de vulnerabilidade, aliás, não há razão plausível para que alguém seja punido por delitos que hipoteticamente viria a cometer em razão de seu contexto social. Tais decisões se baseiam tão somente em uma presunção vaga e discriminatória do indivíduo e de seu estilo de vida, sem que haja sequer uma análise da gravidade do delito.

No mesmo sentido, remetendo a decisões judiciais com conteúdo arcaico, Brunoni *apud* Franz (2007, s/p) “proclamava que se devia castigar o autor antes que o fato cometido por ele, bem como que os juízes deviam expedir *sentenças penais indeterminadas* cujo cumprimento dependeria em grande medida da personalidade do delinquente”.

Desse modo, ocorre um declínio histórico dos fundamentos pelos quais são respaldadas as práticas jurídicas no Brasil, onde o que prevalece é o ideal de que se deve punir o indivíduo com fundamento em quem ele é no corpo social e não em sua conduta delitiva, deixando de lado o ideal liberal do direito penal do fato, como preconiza Brunoni (*apud* Roxin, 2007, s/p).

[...] um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito penal do fato. E quando o Estado de Direito comete a ousadia de pretender sancionar seus súditos pelo que são, assume feição teocrática. Com isso, “logra construir uma conexão punitiva desde o delito em forma de periculosidade espiritualizada: substitui ao estado perigoso pelo estado de pecado penal”.

3.4. As raízes do comportamento cílico no mundo do crime

É cediço que, no atual cenário, os indivíduos estão cada vez mais propícios a entrarem no mundo do crime e fazerem disso uma cultura, especialmente quando acometidos por problemas como a exclusão social e a realidade do sistema carcerário, tais problemáticas se fazem interligadas como um ponto determinante para a reiteração de

práticas delitivas. O início de uma jornada cíclica pelos caminhos tortuosos da criminalidade é marcado, portanto, por fatores internos e externos à execução penal.

Há diversos questionamentos sobre a real eficácia da pena, especialmente quando há um cenário de ideais punitivistas que se desviam dos objetivos preventivos e reeducativos das sanções. Nesse sentido, leciona Baratta (2002, p. 90):

Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente, determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.

Outrossim, em um depoimento coletado de um dos condenados de São Paulo no ano de 1997, objetivando mensurar a experiência de antes, durante e depois do cumprimento de pena e sua relação com a reincidência, é demonstrada a direta relação de uma trajetória marcada por problemas sociais e psicológicos com o universo do crime:

Sou Ubirajara. Como a maioria das crianças brasileiras, tive uma infância pobre e difícil; meu pai era completamente alcoólatra.

Muitas cenas negativas me marcaram a infância, como as brigas entre meus pais, e uma lembrança horrível que jamais se cancelou: ver minha mãe jogar álcool no próprio corpo e atear fogo, por causa do desespero. O esforço e a abnegação de minha mãe não foram suficientes para conter a escalada de sofrimentos que estava por vir. Após a separação de meus pais, fugi de casa e da escola, e comecei a vagar pelas ruas de São Paulo. Aos treze/quatorze anos, tornei-me presa fácil dos traficantes de droga. Assim começou meu inferno, que iria se arrastar por muitos anos. Pequenos furtos, uso constante de drogas, assaltos e inúmeras contravenções iriam me levar à casa de Detenção de São Paulo, tão logo completei dezoito anos. Ali, convivendo com mais de dois mil presos, tive que aprender a sobreviver e a me impor como bandido. (Miranda, 2015 apud Ottoboni et al., 1997, p. 39-41)

Ante a observância do depoimento supracitado, nota-se que a violência dos apenados não é um fator exclusivo da prisão, amparando raízes desde o aspecto familiar até os transtornos comportamentais que dele decorrem, conforme destaca Bitencourt (2017, p. 167):

Não se ignora que as frustrações originadas pela prisão são um fator que influí nas situações violentas que surgem no cárcere; porém, também não se pode ignorar que esses internos se encontram contaminados por outros fatores anteriores, como a violência que experimentaram em sua vida familiar ou na sociedade.

Não obstante, ao analisar as características inerentes ao mecanismo social das penitenciárias, há a existência de uma reação restrita à realidade em que o encarcerado está inserido, resultando em um aprisionamento de ideais e ações, como preconiza Bittencourt *apud* Lloyd *et al* (2017, p. 131): “Não há como fugir do sistema. O recluso encontra-se não só fisicamente encerrado, impedido de sair, como também se encontra preso a um contexto de comportamentos e usos sociais dos quais também não pode fugir”.

Sobre esse aspecto, há o exemplo descrito por Endo (2018, online) ao abordar sobre uma pesquisa realizada nas penitenciárias no ano de 2016:

No Complexo de Pedrinhas, no Maranhão, o critério central escolhido pelo estado para a separação dos presos era o pertencimento a determinado grupo criminoso. Do mesmo modo, as distintas galerias do Presídio Central estavam divididas conforme a facção que a pessoa informava fazer parte. Em São Paulo, boa parte dos presos pertencia a um grupo, enquanto os demais ficavam dispersos em celas separadas, conhecidas como “seguros”. De maneira semelhante, no Amazonas, os presos que não eram vinculados à facção hegemônica também ficavam alojados em uma área específica ou em “seguros”.

Diante disso, há um comprometimento da cultura da violência dentro de organizações e alojamentos prisionais, uma vez que ao cumprirem a pena e se inserirem novamente no corpo social, os indivíduos que estiveram adstritos àquela realidade apenas irão repetir o mesmo mecanismo de convivência, já que não houve mecanismos de evolução do *status quo*.

Desse modo, Baratta (2002), classifica os desvios delitivos como primários e secundários, de forma que, ao seguir a teoria mertoniana de Lemert, enquanto o desvio primário diz respeito a aspectos sociais, culturais e psicológicos, os desvios secundários são uma consequência dessa reação social em razão dos fatores psicológicos causados.

3.4.1. A violação da dignidade humana nas prisões e sua relação com a reincidência

O ideal majoritário da atualidade é o de que as penitenciárias devem agrupar o maior número de delinquentes, ainda que não haja disponibilidade de recursos. O que ocorre, de fato, é uma desumanização daqueles que estão submetidos à pena privativa de liberdade.

Quanto mais precárias forem as condições para o cumprimento de pena, maiores os índices de inversão do real objetivo da execução penal, de modo que ocorra uma piora na mudança de comportamento dos indivíduos. Nesse ínterim, destaca Bittencourt (2017, p. 126):

[...] é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.

A reinserção social é uma premissa de amplas discussões e escassez de métodos eficazes. Uma vez que o indivíduo é privado de sua liberdade, para que se torne apto a buscar uma vida digna, deve haver mecanismos de preparo psicológico ainda durante o cumprimento de pena, o que não é possível diante de um sistema colapsado como o hodierno, conforme demonstra Rauter (2016, p. 52)

Citarei um exemplo do funcionamento prático da prisão no que se refere ao "bom comportamento" do preso: como existe na sociedade a dominação da lógica punitivista e prisional, mesmo que o preso tenha o chamado bom comportamento carcerário, mesmo que participe dos raros programas de reinserção social existentes hoje no sistema penal, isso pode não ser levado em conta pelas autoridades da execução penal, no momento da concessão de um benefício.

Assim, a visão de que a conduta delitiva é a única saída prevalece na mente dos apenados na medida em que percebem que suas escolhas não farão diferença, ainda que suas atitudes estejam direcionadas para o contrário. Um exemplo disso é a progressão de regime, um método que, em tese, foi criado para que o comportamento, o trabalho e os estudos sejam instrumentos de esperança por melhores condições de cumprimento de pena, uma regra ignorada por diversos órgãos responsáveis por permitirem esse progresso em razão do abuso de poder.

Nesse sentido, Bittencourt (2017, p. 128) destaca que "O fato de as prisões terem como objetivo principal a proteção da sociedade é outro dos aspectos que sugerem profundas contradições em relação ao objetivo ressocializador que se atribui à pena privativa de liberdade."

Ora, se a proteção da sociedade não ampara a garantia da funcionalidade das penitenciárias em razão das diversas regras e princípios violados nesses estabelecimentos, essa falha é propositalmente sistematizada pela regressão do poder punitivo estatal.

3.4.2. O reflexo da ineficácia prisional nos aspectos sociais

A ausência de oportunidades no mercado de trabalho para ex-presidiários, a cultura da exclusão social e a ausência de comprometimento estatal com a efetiva ressocialização são alguns dos reflexos da ineficácia prisional no atual cenário brasileiro.

Um estudo realizado pelo TCE SP concluiu que apenas 1% dos ex - detentos conseguiram emprego no estado de São Paulo em 2018, e essa é uma realidade que não se faz diferente em outros locais do Brasil, conforme demonstra Guimarães (2022, online):

Dos 27 estados, incluindo o Distrito Federal, apenas quatro têm percentual de presos trabalhando igual ou superior a 30%: Maranhão (58,1%), Mato Grosso do Sul (36,4%), Rondônia (30,6%) e Santa Catarina (30,2%).

Em 11 estados, o percentual é igual ou inferior a 10% da população carcerária: Goiás (10%), Alagoas (9,8%), Mato Grosso (9,6%), Sergipe (8,9%), Pará (8,7%), Ceará (8,6%), Roraima (7,8%), Amazonas (7,4%), Pernambuco (5,5%), Rio de Janeiro (4,1%) e Amapá (1%).

Não obstante, a alta taxa de desemprego e a falha na reinserção social não se deram somente em razão do preconceito social, afinal, abrangem especialmente os comportamentos e práticas adquiridos durante a execução penal e ao poder estatal que em nada contribuiu para a capacitação desses indivíduos no mercado de trabalho, pelo contrário, os compeliu a se tornarem inimigos da civilização.

3.4.3. A “inconstitucionalização” dos direitos dos apenados no Brasil

Perante conhecença de Montesquieu, e dos dizeres constitucionais, o panorama legislativo brasileiro se divide em três poderes, os quais atuam entre si, porém, cada um

com a sua devida autonomia. *In verbis*. "Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" BRASIL (1988, online).

Criada com o objetivo de evitar que o poder estatal fosse concentrado em apenas uma pessoa, a citada divisão encarrega os poderes da função de eludir a tirania do Estado e de agirem com os apropriados deveres jurídicos – deontologia jurídica. Nos ditames de Nalini *apud* López (2009, p. 135):

[...] a deontologia jurídica há de compreender e sistematizar, inspirada em uma ética profissional, o status dos distintos profissionais e seus deveres específicos que dimanam das disposições legais e das regulações deontológicas, aplicadas à luz dos critérios e valores previamente decantados pela ética profissional. Por isso, há que distinguir os princípios deontológicos de caráter universal (probidade, desinteresse, decoro) e os que resultam vinculados a cada profissão jurídica em particular: a independência e imparcialidade do juiz, a liberdade no exercício profissional da advocacia, a promoção da justiça e a legalidade cujo desenvolvimento corresponde ao Ministério Público etc.

No entanto, perlustrando as situações advindas da perspectiva política, nota-se a inobservância do respectivo cumprimento destes deveres. Tal afirmação resta comprovada pelo não apenas apresentado, como também aprovado, Projeto de Lei nº 2.253/2022, o qual visa proibir a saída temporária dos presos.

Fato importante a ser discorrido, é que, embora a Constituição não garanta expressamente a saída dos presos, ela estabelece princípios e direitos fundamentais que podem ser invocados para garantir tal saída. Não obstante, este direito está, também, garantido pela Lei de Execuções Penais, presente na Seção III, Subseção II.

Complementar a isto, vale ressaltar um trecho do artigo publicado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, onde a defensora e coordenadora do Núcleo da Política Criminal e Execução Penal (NUPEP), Menezes (2022, online), explica o seguinte:

Ao contrário do que muitas pessoas imaginam, a taxa de retorno das saídas temporárias é alta. De acordo com o Departamento de Polícia Penal do Paraná (DEPPEN), nas festas de final de ano de 2021, das 1.196 pessoas privadas de liberdade que receberam a autorização da Justiça para a saída temporária, 1.046 retornaram às unidades prisionais nas datas previstas, o que representa uma taxa de evasão de apenas 12,6%. Em São Paulo, segundo dados da Secretaria da Administração Penitenciária, essa taxa foi de 4,44% no mesmo período. Saída temporária não é um benefício, é um direito da pessoa que já passou pelo regime fechado e alcançou o direito ao regime

semiaberto. É um voto de confiança importante para a pessoa retomar os laços familiares e comunitários e, assim, construir alternativas à criminalidade.

Todavia, embora o tema do projeto de lei seja referente a um direito fortemente positivado, os números acerca do retorno sejam consideravelmente altos, o projeto de lei chegou a ser decidido como requerimento de urgência, restando nítida a não aplicação da devida deontologia jurídica por parte do Poder Legislativo, prevalecendo, indubitavelmente, o direito penal do inimigo⁴⁹ como fundamento para o projeto apontado.

Figura 1 – Manchete do site do G1.com

Senado aprova projeto que proíbe 'saidinha' de presos em feriados; texto vai à Câmara

Proposta tramita no Congresso desde 2013, mas ganhou força nos últimos meses. Para especialistas, fim do benefício pode prejudicar ressocialização dos presos.

Por Sara Resende, TV Globo — Brasília
20/02/2024 20h09 · Atualizado há 2 semanas

Fonte: g1.globo.com⁵⁰

Figura 2 – Manchete do jornal “Folha de São Paulo”

VIOLENCIA

Brasil soltou 57 mil presos na saidinha de Natal, e menos de 5% não voltaram para a cadeia

⁴⁹ Trata-se de uma teoria política criminal, elaborada pelo alemão Gunther Jakobs, que estabelece a necessidade de separar da sociedade, excluindo das garantias e direitos fundamentais, àqueles que o Estado considere como inimigos.

⁵⁰ O g1 é o portal de notícias da rede Globo é líder de audiência no jornalismo digital no Brasil.

Fonte: Folha de São Paulo⁵¹

Mediante a situação a qual se discorre, percebe-se que esta não é relacionada apenas ao presente momento vivido pelo brasileiro, mas desde datas remotas. No ambiente artístico, cantores e compositores demonstram a revolta perante a gritante desordem executiva.

Em destaque, os artistas da banda Legião Urbana trouxeram para sua música "Que país é este?", por meio da composição de Renato Russo, os seguintes versos: "nas favelas, no senado, sujeira pra todo lado, ninguém respeita a constituição, mas acreditam no futuro da nação, que país é esse?" Russo (1987, online), demonstrando a bagunça e revolta social, sendo estampada a desgostosa atitude daqueles que deveriam nos garantir segurança e devida aplicação das leis.

Avançando a linha do tempo, a também cantora e compositora Pitty (2003, online) faz referência a um poderio robotizado e já programado, que está sempre no controle, atuando de modo que conduz um "agir" predeterminado. É o que se nota nos trechos de "Admirável chip novo", quando a cantora diz "parafuso e fluído em lugar de articulação, até achava que aqui batia um coração, nada é orgânico, é tudo programado, e eu achando que tinha me libertado, mas lá vem eles novamente eu sei o que vão fazer, reinstalar o sistema".

Sob tal análise, a letra descreve um cenário onde o eu lírico segue padrões que já foram ditados por uma entidade superior, que não aceita operações nem pensamentos divergentes, senão aqueles programados, como diz a cantora. De maneira análoga, não se diverge do estado em que se encontra a atuação dos operadores do direito, os quais agem roboticamente, sob ditames fortemente enraizados em ideais não igualitários.

4. ALÉM DAS GRADES: CAMINHOS PARA REGULAR A VIOLÊNCIA NAS PERIFERIAS E NOS PRESÍDIOS DO BRASIL

⁵¹ Jornal brasileiro editado na cidade de São Paulo e é atualmente o segundo maior jornal do Brasil em circulação.

4.1. ADPF 347 – A busca pela regulamentação da violação de direitos e garantias constitucionais nos presídios brasileiros

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347) buscou instrumentalizar e regulamentar a tragédia do atual cenário das prisões brasileiras, sendo declarada pela primeira vez a expressão “estado de coisas inconstitucional”⁵² no que se refere à realidade do sistema carcerário, BRASIL (2015). Em plenário, foram ressaltadas as condições em que vivem os apenados e a inaplicabilidade das garantias constitucionais, especialmente no que concerne ao princípio da dignidade humana, como fora demonstrado no capítulo anterior.

Tal problemática se deve especialmente à atuação dos poderes públicos, o que ultrapassa exigências meramente regulamentadoras para que seja solucionada, há a necessidade de uma atuação volitiva também das esferas administrativa e judicial, como menciona o Min. Marco Aurélio em seu voto, BRASIL (2015, p. 26)

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal.

Contudo, o Ministro aponta ainda que embora seja uma problemática que deva ser consagrada através de múltiplas esferas, apenas o Supremo Tribunal Federal (STF) tem buscado funcionalizar as estratégias de redirecionamento das práticas penais, devendo os demais poderes que permeiam tal responsabilidade abandonarem seu estado de displicênci a e prover o auxílio necessário para que isto seja solucionado: [...] apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e

⁵² Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.

institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia” BRASIL (2015, p. 31).

Para pontuar as soluções, têm-se as diretrizes estabelecidas pelo Min. Marco Aurélio, (Brasil, 2015, p. 23-24):

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;
- f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;
- g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;
- h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Como se vê, a imprescindibilidade de atuação se volta principalmente para âmbito do poder judiciário, visto que o magistrado é o aplicador do direito e suas decisões devem estar de acordo com a amenização da lesividade de direitos que as penas privativas de liberdade tendem a causar, já que as prisões brasileiras não correspondem e nem sequer se aproximam dos preceitos estabelecidos pela Constituição, sendo consideradas verdadeiras “masmorras medievais”, como aduz o Ministro de Estado da Justiça José Eduardo Cardozo sobre o acórdão da ADPF 347 (Brasil, 2015, p. 10).

No que diz respeito ao poder público, caberá a liberação de recursos financeiros, de forma a “implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União,

estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional" (Brasil, 2015, p. 21).

Desse modo, o Ministro Marco Aurélio ainda ressalta em seu voto que "não se pode esquecer a missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar" (Brasil, 2015, p. 21).

4.2. Alternativas ignoradas: a balança monetária na aplicação da prisão

Sob a inteligência contida no Código de Processo Penal, é possível notar algumas medidas adversas à prisão, uma vez que o mesmo código leciona que esta deve ser imposta como última alternativa. Doravante, a fim de se aplicar a prisão apenas como último recurso, o Código Penal traz nove alternativas, sendo elas: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da cidade, recolhimento domiciliar, suspensão do exercício de função, internação provisória, fiança, quando admitida e monitoração eletrônica.

Ultrapassando fronteiras, trazendo o entendimento norte-americano, sua doutrina aplica e trabalha com o princípio denominado "*first things first*" - as primeiras coisas primeiras. Tal princípio implica, segundo Packer (1968, p. 250) "the criminal sanction is the law's ultimate threat. [...] The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters". Na tradução da passagem, significa dizer que a prisão é a última medida adotada pela lei e que apenas deve ser usada com a devida precisão.

Tendo sido isso debatido, sabendo que a reprovação quanto a prisão atinge patamar internacional, é digno destacar que, apesar das medidas alternativas, a prisão é aplicada desobedecendo à preceitos positivados, permitindo que a balança penda para o lado monetizado.

4.2.1 *A prerrogativa dos cifrões nos decretos das prisões preventivas*

Ainda sob os ditames do Código de Processo Penal, tendo sido cometido um crime, resta o caminho da investigação e, então, o indiciamento. Dependendo da gravidade do crime e das ações do infrator perante o cometimento, ele poderá ter sua prisão preventiva decretada em razão da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Infelizmente, não é o que se verifica na atualidade, sendo possível verificar o surgimento, de maneira análoga, de um novo requisito para o decreto prisional, o poder capital.

Recentemente, tem ganhado destaque em manchetes o acidente envolvendo um jovem empresário e um motorista de aplicativo. O acidente se deu pelo fato de o empresário trafegar em altíssima velocidade em uma pista cuja velocidade era de 50 km por hora, devido à velocidade do condutor empresário, seu carro de luxo - Porsche colidiu com o carro do motorista de aplicativo, causando sua morte. Foi verificado que se tratava de um jovem habituado à direção perigosa, o qual teve sua carteira de habilitação suspensa devido a infrações de trânsito anteriores, tendo a reavido doze dias antes do mencionado acidente.

No caso em comento, diante das circunstâncias, havia requisitos suficientes para o pedido da prisão preventiva- o que foi feito por duas vezes pelo Parquet, porém, foi negado pela juíza do caso. Já em outros casos de grande repercussão, indivíduos são presos por furtar desodorante, galinhas e bens que não atingem sequer o calor de um salário-mínimo. Restando claro o peso do cífrão na aplicação dos ditames normativos, sendo possível mencionar a análise de Vilma Reis (Reis, 2015) quando esta diz que só não é preso aquele que já foi morto, havendo a chance reformular para o seguinte: só não é preso àquele que já foi morto ou tem o dinheiro para livrá-lo.

4.3 Reinventando o cárcere: explorando as possibilidades para sua renovação

Trazendo os conhecimentos de Miguel Reale⁵³, sua teoria tridimensional nos ensina que são precisas três coisas não apenas para a compreensão, mas também para a aplicação do direito, o fato, o valor e a norma. Cada um desses tópicos traz consigo um grande potencial para que possamos entender como deve funcionar o direito.

Quebrando as barreiras juristas, Lavoisier⁵⁴ costumava dizer que “na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”. Somando esse saber ao conhecimento de Valsiner e Connolly (2005), a transformação do ser humano se dá a partir de interações com o mundo, dando espaço ao surgimento de novas estruturas. É aí que entra a importância do valor trazido por Reale em sua teoria. Eis então o seu entendimento, conforme Lemos (online):

O que é valor? Valor é aquilo que busca a concretização do ideal de justiça, ligado a uma ação. O fenômeno jurídico nasce de valores existentes, para impor esses valores como regra; a sociedade anda, o direito segue seus passos. Na verdade, valor é um conjunto de condutas que são vistas como boas – por visarem o bem comum – eles existem para que a sociedade subsista, mantenha a integridade e possa se desenvolver.

Com isso, é notório que a sociedade “anda”, estando sempre em evolução, e é diante desse movimento que surge a necessidade renovação do sistema carcerário, visando uma melhor e eficiente ressocialização do detento, evitando, assim, as chances de reincidência e aumentando os meios de se formar um cidadão renovado.

4.4. Investindo em livros e reduzindo celas

4.4.1. *A Importância crítica da educação na prevenção do crime*

É fato que o aumento da violência em comunidades carentes e o abandono escolar são interdependentes. Tal afirmação é corroborada pelos altos índices de criminalidade em locais onde há jovens e crianças que, embora estejam inseridos nas escolas, não possuem o estímulo necessário para prosseguir com sua jornada estudantil, seja pela ausência de recursos nas próprias instituições de ensino, seja pela dura realidade

⁵³ Formulador de princípios basilares da Ciência Jurídica, entre eles a Teoria Tridimensional do Direito, que se baseia na integração da norma ao fato social e aos valores culturais.

⁵⁴ Considerado o pai da Química, Antoine Lavoisier deduziu, também, baseando-se em reações químicas, a célebre lei da conservação da matéria: “Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”.

em que estão sujeitos a vivenciar todos os dias, ou em razão da inexistência de uma cultura pela qual a educação seja utilizada como instrumento de crescimento pessoal e profissional.

Em uma pesquisa realizada pela Pesquisa Espaço Aberto, Jacinto (2013, online) apontou que “quando ocorre o investimento de 1% na educação, 0,1% do índice de criminalidade é reduzido”.

Ademais, o Min. Luís Roberto Barroso, ao participar de um evento na Biblioteca Nacional, destacou que “57% dos internos no sistema penitenciário não completaram o ensino fundamental” Campos *apud* Barroso (2023, online), e acrescentou ainda que “o mais importante que um país pode fazer pelos seus filhos é dar educação básica de qualidade desde a primeira idade. Com isso, não precisaremos aumentar vagas no sistema penitenciário” Campos *apud* Barroso (2023, online).

Não obstante, a educação dentro das próprias celas também surte efeito positivo para que haja a progressão de regime, como ressaltou Campos *apud* Barroso (2023, online): “nos últimos anos, passamos de 46 mil pessoas que obtinham a remição da pena pela leitura para mais de 250 mil pessoas”.

Existem inúmeras formas pelas quais o ensino educacional pode influenciar na diminuição da criminalidade, conforme leciona Becker e Kassouf *apud* Becker *et al* (2017 p. 02)

Primeiro, a escolaridade altera o custo de oportunidade da atividade criminosa, pois um indivíduo mais educado obtém melhores oportunidades de salário e emprego, que aumenta o custo de cometer um crime. Além disso, a punição pode ser mais custosa para indivíduos mais educados, já que o encarceramento implica em tempo fora do mercado de trabalho (Becker, 1968). Segundo, a educação pode alterar as taxas individuais de preferência no tempo ou de aversão ao risco. Becker e Mulligan (1997) mostraram que a escolaridade pode aumentar a paciência dos indivíduos. Arrow (1997) mostrou ainda que a escolaridade afeta diretamente os custos psíquicos de desobedecer às leis. Logo, indivíduos mais pacientes e mais avessos ao risco provavelmente irão considerar as punições do crime mais custosas. Terceiro, é possível que a probabilidade de cometer um crime hoje dependa do montante de crime cometido no passado, pois, assim como nas atividades legais, os criminosos adquirem experiência ao longo do tempo, implicando em ganhos de produtividade, o que funcionaria como uma espécie de *learning-by-doing* da atividade criminal. Quarto, é possível ainda que a probabilidade de um indivíduo ingressar na atividade criminosa dependa da taxa de participação dos seus pares nessa atividade. Se a escola for capaz de fornecer bons exemplos de conduta aos seus frequentadores, interagir nesse ambiente pode influenciar o processo de tomada de decisão e reduzir a probabilidade de cometer uma atividade ilícita (Lochner, 2010)

Assim, uma vez que o indivíduo detém das oportunidades que o conhecimento tende a oferecer através da educação, é iniciado o rompimento do ciclo da cultura da criminalidade, ou seja, o crime deixa de ser atrativo em decorrência da busca racional por melhores condições de vida.

4.5. Para Além das Grades: um modelo único de prisão sem estigmas

A Constituição Federal ensina e defende que todos são iguais perante a lei, sendo detentores de direitos, e também obrigações. Se todo é, algum também é. Ora, com isso, impossível seria não assegurar os mesmos direitos aos presos, sendo que estes são igualmente detentores do direito à integridade física e moral.

Considerando tudo o que fora abordado neste artigo até aqui, desde o preconceito estruturado até os meios de ressocialização, impossível seria não falar de um modelo exemplo de presídio, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

Consultando o site do Superior Tribunal de Justiça, eis o que relata o ministro Sebastião Rei Júnior:

É uma diferença drástica no percentual de reincidência, o que mostra que existe uma possibilidade da palavra "ressocialização" se tornar realmente efetiva. Se é o melhor modelo, não sei; mas eu acho que, pelo menos dentro da realidade brasileira, é o melhor sistema que já vi. (Júnior, 2022, online)

A associação reforça a importância daquilo que traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a defesa da dignidade e do respeito. Nela os serviços são prestados pelos próprios presos, em um ambiente livre de guardas armados, onde não há o peso da distinção entre os presos, funcionários e voluntários. Inexiste a opressora hierarquia entre aqueles que ali habitam, germinando a confiança naqueles que estão cumprindo suas penas, confiando neles os serviços que poderão ser submetidos assim que alcançarem a liberdade.

Acredita-se que esta associação seja o maior exemplo de trabalho de ressocialização, trabalhando para que o homem seja capaz de retomar seu lugar de direito

na sociedade, pois como diz a frase mantra da APAC (2022, online) "Todo homem é maior do que o seu erro".

CONCLUSÃO

Este artigo abordou a problemática da cultura do encarceramento baseada apenas na análise física e social do indivíduo, preceitos que vão de encontro a todo o ensinamento trazido pelos Códigos Penal e de Processo Penal Brasileiro. Foram avaliadas e apresentadas situações concretas que motivaram a redação deste artigo, isso porque o Brasil possui um forte histórico que ainda persiste na sociedade atual, sendo quase impossível permitir que acontecimentos remotos caiam em esquecimento.

Em síntese, a cultura do encarceramento representa uma abordagem arraigada na sociedade contemporânea, que tende a simplificar a complexidade da criminalidade ao focar exclusivamente na punição e no isolamento dos infratores. No entanto, essa perspectiva desconsidera os diversos fatores sociais, econômicos e psicológicos que contribuem para o comportamento criminoso, resultando em políticas injustas e desproporcionais, especialmente para minorias étnicas e pessoas em situação de vulnerabilidade.

Diante desse cenário, é imperativo que os aplicadores do direito assumam uma postura crítica e ética, questionando os pressupostos da cultura do encarceramento e buscando alternativas mais humanizadas e eficazes para lidar com a criminalidade. Este artigo se propõe a contribuir para esse debate crucial, destacando a necessidade de uma abordagem sensível e contextualizada no tratamento dos problemas criminais, a fim de promover uma justiça verdadeiramente equitativa e respeitosa dos direitos humanos.

Ao tecer este artigo, foi destacada a importância do comportamento dos aplicadores do direito, sejam os pertencentes ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, sendo imprescindível que estes reconheçam os pilares ditos por Miguel Reale em sua teoria de fato valor e norma, pois as leis e sua aplicação devem caminhar junto ao avanço da sociedade, na medida em que esta vai se evoluindo, trazendo a necessidade da atualização da aplicação das normas.

Isto posto, fora abordada a existência de meios, e até mesmo instituições, que visam um tratamento humanizado e que trabalhe os direitos humanos que toda pessoa detém, independente de ser um detento ou alguém em liberdade ou de alguém que possua maior poder capital, pois a dignidade humana deve prevalecer em qualquer situação e para qualquer classe social. Não apenas a dignidade, mas também a aplicação da justiça e dos preceitos da legislação brasileira vigente.

THE DELINQUENT SOCIAL PROFILE AS A TARGET OF THE CULTURE OF INCARCERATION

ABSTRACT

This work addresses the cultural aspects of Brazil related to the perception of poverty and crime, highlighting how the application of criminal law is disproportionate when associated with people in situations of social vulnerability. The analysis focuses on how society often stigmatizes low-income individuals, considering their criminal actions as more condemnable than those of other social strata. In the legal context, the role of legal practitioners, such as judges, prosecutors, and lawyers, in addressing this issue is discussed. The paper argues that these professionals have a duty to act impartially and fairly, without prejudice regarding the social class of those involved in criminal cases. Furthermore, it emphasizes the importance of understanding the historical, cultural, and social aspects that influence criminality, aiming for the adoption of more effective and humanized measures in the criminal justice system.

Keywords: Class divergence. Stereotypes. Brazilian history. Incarceration. Legislation.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel e CARVALHO, Salo. Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. Scielo Brasil, Florianópolis, 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/55XnwLMzGrRXnFpJGrY4vKQ#>>

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, W. B. (org.). A Criminologia no Século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCRIM, 2007.

AZEVEDO, Cecília. Guerra à Pobreza: EUA, 1964. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32508002>>.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Rafael. Entenda a teoria do direito penal do inimigo no Brasil. São Paulo, 2023, Aurum. Disponível em: <[https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/#:~:text=Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%C3%A9,motivo%20de%20forte%20antagonismo%20doutrin%C3%A1rio.](https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/#:~:text=Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%C3%A9,motivo%20de%20forte%20antagonismo%20doutrin%C3%A1rio.>)>.

BECKER, Kalinca Léia. Educação e a redução na criminalidade. Revista Espaço Aberto - USP, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://biton.uspnet.usp.br/espaber/?materia=educacao-e-a-reducao-na-criminalidade#:~:text=A%20pesquisa%20comprovou%20a%20influ%C3%Aancia,um%20espa%C3%A7o%20para%20desenvolver%20conhecimento>>.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cesar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

BRASIL, ADPF nº 347/DF. Decisão sobre o estado de coisas inconstitucional pelo STF. (Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADPF nº 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015). Disponível em: Decisão sobre o estado de coisas inconstitucional pelo STF

CAMPOS, Ana Cristina. Barroso diz que educação é o caminho para combater a criminalidade. Rio de Janeiro, Agência Brasil, 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-10/barroso-diz-que-educacao-e-o-caminho-para-combater-criminalidade>>.

CHRISTIAN, Hérica. Projeto que restringe a saída temporária de presos vai direto a plenário. 2024. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2024/02/projeto-que-restringe-a-saida-temporaria-de-presos-vai-direto-a-plenario>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud, fonte primária de dados do Sistema de Estatística Do Poder Judiciário – SIESPJ, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>.

DANTAS, Ana Cristina Santos; CARVALHO, Rosana Maria Fernandes. Fatores sociais determinantes da reincidência criminal no Brasil: o caso de Minas Gerais. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 32, n. 94, 2017. DOI: 10.17666/329409/2017.

ENDO, P. "Tortura: aspectos psicológicos", in Revista Polêmica. Rio de Janeiro, Uerj, 2006. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/revistausp/revista-usp-119-dossie-3-sobre-a-pratica-da-tortura-no-brasil/>>

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA, Fátima; PACHECO, Pedro; OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres. Conselho Federal de Psicologia O Trabalho da (o) psicóloga (o) no sistema prisional: Problematizações, ética e orientações. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2016. 170p.

GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Juca. Apenas 15% dos presos conseguem trabalhar no Brasil. Terra, 2022 Disponível em: <<https://www.terra.com.br/nos/apenas-15-dos-presos-conseguem-trabalhar-no-brasil,b39842b16a67443d7e7fddd3972c>>.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: ____; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

LEMOS, Douglas Rocha. A teoria tridimensional do direito. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-tridimensional-do-direito/413847065>>.

ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA: SUAS RELAÇÕES COM A DIGNIDADE HUMANA E O BIODIREITO

Abner Lourenço Costa⁵⁵¹

Kayque Vicentini de Faria⁵⁶²

Mylena Seabra Toschi⁵⁷³

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo explorar as práticas de ortotanásia e distanásia, analisando seus impactos sociais e suas implicações para a dignidade humana e a autonomia individual. A ortotanásia, que permite a morte natural sem prolongamento artificial da vida, está alinhada com o respeito à autonomia do paciente e a minimização do sofrimento, promovendo uma morte digna. Em contraste, a distanásia prolonga a vida de forma desnecessária, muitas vezes contra a vontade do paciente, resultando em sofrimento prolongado e violação da dignidade. Este estudo emprega uma abordagem qualitativa, incluindo análises de casos, entrevistas com pacientes terminais, familiares e profissionais de saúde, além de uma revisão da literatura jurídica e bioética. Recomenda-se também uma maior sensibilização dos profissionais de saúde e do público em geral sobre a importância da dignidade no fim da vida, além de políticas públicas que apoiam a autonomia dos pacientes em decisões sobre tratamentos médicos no final da vida. A ortotanásia é discutida como uma prática que respeita a autonomia e a dignidade do paciente, enquanto a distanásia pode prolongar o sofrimento desnecessariamente. A análise conclui que a discussão sobre ortotanásia, distanásia, dignidade humana e biodireito requer uma abordagem interdisciplinar que equilibre a proteção dos direitos individuais, o respeito à dignidade humana e o progresso científico e jurídico. É crucial continuar o debate sobre esses temas para adaptar a legislação e a prática médica às novas realidades tecnológicas e sociais, garantindo justiça e igualdade no acesso aos cuidados de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Qualitativa. Dignidade. Respeito. Autonomia.

INTRODUÇÃO

A dignidade humana é um dos pilares fundamentais do Direito, especialmente no campo do biodireito, que se ocupa das questões éticas, jurídicas e sociais relacionadas às ciências da vida e da saúde. Dentro deste contexto, os conceitos de ortotanásia e distanásia ganham destaque por lidarem diretamente com o fim da vida e os direitos dos pacientes. A ortotanásia refere-se à prática de permitir que a morte ocorra de maneira

⁵⁵ Acadêmico em Direito na Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: abner001costa@gmail.com.

⁵⁶ Acadêmico em Direito na Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: kayquevf.com@gmail.com.

⁵⁷ Mestre em Educação, Linguagem e Tecnologias, Professora Orientadora da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: mstoschi@hotmail.com

natural, sem prolongamento artificial da vida através de intervenções médicas desproporcionais. Já adistanásia se caracteriza pelo prolongamento exagerado e, muitas vezes, sofrido do processo demorrer, utilizando todos os meios possíveis para manter a vida, mesmo que sem perspectivas de cura ou melhora significativa. Ambas as práticas levantam questões profundas sobre a autonomia do paciente, a ética médica e o respeito à dignidade humana.

O objetivo deste artigo é explorar a relação entre ortotanásia, distanásia e dignidade humana, destacando os principais debates éticos e jurídicos que envolvem estas práticas. O estudo se distingue por abordar de maneira abrangente e crítica a intersecção entre direito à vida, direito à morte digna e os limites da intervenção médica no processo de morrer, proporcionando uma análise detalhada dos argumentos a favor e contra a legalização e prática da ortotanásia e da distanásia.

Serão apresentados os conceitos fundamentais de dignidade humana e biodireito, contextualizando o debate sobre ortotanásia e distanásia. Serão discutidos os princípios éticos e jurídicos que norteiam essas práticas e como eles se relacionam com a autonomia do paciente e os direitos humanos.

Será realizada uma análise do quadro normativo atual em diferentes jurisdições, com foco especial no Brasil. Serão exploradas as legislações, jurisprudências e diretrizes éticas que regulam a ortotanásia e a distanásia, destacando as principais controvérsias e desafios legais.

Se dedicará a explorar os argumentos éticos e bioéticos que sustentam as práticas de ortotanásia e distanásia. Serão discutidos temas como a autonomia do paciente, o papel do médico, o sofrimento evitável e a qualidade de vida versus a quantidade de vida.

Serão apresentados estudos de caso que ilustram as complexidades envolvidas na prática de ortotanásia e distanásia. Serão analisados casos emblemáticos que evidenciam os dilemas enfrentados por pacientes, familiares e profissionais de saúde.

Este trabalho visa contribuir para o entendimento e a reflexão crítica sobre a

ortotanásia e a distanásia, oferecendo uma visão integrada das dimensões jurídicas, éticas e humanas envolvidas. Busca-se fornecer subsídios teóricos e práticos para profissionais do direito, da saúde e para o público em geral, promovendo um debate informado e equilibrado sobre o direito a uma morte digna. Diferentemente de outros estudos, este artigo propõe uma análise multidisciplinar e detalhada, unindo teoria e prática, para abordar um tema de extrema relevância e sensibilidade social.

Ao final do estudo, espera-se que o leitor tenha uma compreensão aprofundada das implicações jurídicas e éticas da ortotanásia e da distanásia, e esteja mais bem preparado para participar do debate sobre o fim da vida com conhecimento e sensibilidade.

1. EXPLORANDO A ORTOTANÁSIA E A DISTANÁSIA: IMPACTOS SOCIAIS E REFLEXÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA INDIVIDUAL

A compreensão da dignidade humana é essencial para examinar criticamente aspráticas de Ortotanásia e Distanásia. A obra de autores como Alexandre Moraes, em sua discussão sobre a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, oferece um ponto de partida para essa análise.

Com os respectivos avanços na área da medicina no último século, diversas doenças que anteriormente eram letais aos seres humanos, hoje são praticamente inofensivas, dado realmelhoria da qualidade de vida, por meio de terapias e programas artificiais que visam evitar a morte a qualquer custo.

No decorrer de tal avanço, a concepção do significado morte passou por uma transição,em que anteriormente era algo natural, para uma prolongação excessiva, com tratamentos evasivos tornando o famoso adeus um momento de sofrimento incondicional.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que semanifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas,constituindo-se em um mínimo invulnerável

que o estatuto jurídico deve assegurar. (Moraes, 2002, p.41)

A perspectiva da dignidade humana é crucial para entender a ética e a moralidade subjacentes à Ortonásia e Distanásia. Segundo Moraes (2002), a dignidade da pessoa humana não é apenas um conceito jurídico, mas um valor intrínseco à própria existência humana. Moraes (2002) afirma que esse valor se manifesta na capacidade individual de autodeterminação consciente, sendo um direito inviolável que o sistema jurídico deve proteger. Este entendimento coloca a dignidade como um elemento central na discussão sobre o direito de escolha do indivíduo sobre o prolongamento ou término da própria vida.

No contexto da Ortonásia, a preservação dessa dignidade implica no respeito à vontade do paciente terminal em não prolongar a vida por meios artificiais, garantindo um fim de vida mais digno e com menos sofrimento. Já na Distanásia, que se caracteriza pelo prolongamento excessivo da vida, muitas vezes contra a vontade do paciente, há uma violação desse direito à dignidade, pois impõe ao indivíduo um sofrimento desnecessário e degradante. As contribuições de autores como Letícia Ludwig Möller, que discutem o significado da morte digna e a atitude digna perante a morte, são essenciais para compreender as nuances e implicações desses conceitos na prática. "Definição do que seja morte digna e atitude digna perante a morte deve ser respeitada pelos profissionais da saúde, pelos familiares, pelo Estado e pelos indivíduos em geral." (Möller, 2017, p.40-50)

A abordagem qualitativa, com a análise de experiências e relatos de pacientes, familiares e profissionais de saúde, proporciona uma visão mais abrangente sobre as dimensões humanas desses temas sensíveis. Letícia Ludwig Möller (2017) ressalta a importância de definir o que é uma morte digna e como essa atitude deve ser respeitada por todos os envolvidos, incluindo os profissionais da saúde, familiares e indivíduos em geral. Essa definição vai além do aspecto médico e se concentra na humanização do processo de fim de vida, respeitando a vontade do paciente e garantindo um ambiente que preserve a dignidade.

Além das contribuições de Möller (2017), os relatos pessoais e entrevistas com pacientes terminais, familiares e profissionais de saúde podem fornecer uma visão íntima sobre a experiência vivida. A obra de Kübler-Ross (1969), por exemplo, descreve as diversas fases do processo de aceitação da morte, destacando a importância de respeitar os desejos do paciente em seu caminho rumo ao fim da vida. Este enfoque qualitativo amplia a compreensão do impacto emocional, psicológico e social das decisões relacionadas à Ortonásia e Distanásia, oferecendo uma perspectiva holística que transcende as barreiras meramente médicas.

A análise crítica dos princípios constitucionais, como o direito à vida, a autonomia individual e a dignidade humana, oferece uma base sólida para compreender os dilemas éticos e legais envolvendo a Ortonásia e Distanásia. As contribuições de autores como Barroso, ao discutir sobre a tensão entre a defesa da vida e a morte com intervenção, são fundamentais para explorar esses conflitos. "É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas." (Barroso, 2010, p.13)

Os conflitos éticos e legais entre princípios constitucionais como o direito à vida, a autonomia individual e a dignidade humana são inerentes às discussões sobre Ortonásia e Distanásia. A interpretação desses princípios é fundamental para compreender as tensões enfrentadas no contexto de tomar decisões sobre o fim da vida. Luís Roberto Barroso (2010), ao discutir a tensão entre a defesa da vida e o respeito à autonomia individual diante da morte com intervenção, ressalta a complexidade desse debate. Tais conflitos exigem uma análise cuidadosa das situações concretas, reconhecendo os direitos individuais sem desconsiderar os aspectos éticos e morais envolvidos na busca por uma morte digna.

Estas perspectivas trazem à tona a necessidade de considerar profundamente não apenas os aspectos jurídicos, mas também os valores éticos, morais e humanos envolvidos nos debates sobre Ortonásia e Distanásia.

Ademais da abordagem de Barroso (2010), a interpretação dos princípios

constitucionais no contexto bioético é essencial. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, por exemplo, ressalta a importância da ponderação entre princípios em situações de conflito. Alexy argumenta que, em certas circunstâncias, pode ser necessário atribuir maior peso a um princípio sobre outro, justificando a tomada de decisão. Nesse sentido, o conflito entre o direito à vida e a autonomia individual em situações de Ortutanásia e Distanásia exige uma ponderação cuidadosa dos valores em jogo, reconhecendo a complexidade desses dilemaséticos e legais.

1.1 A Ortutanásia provomove a dignidade humana no Biodireito?

A ortutanásia se refere à interrupção de tratamentos médicos fúteis ou desproporcionais para pacientes terminais, permitindo uma morte natural e digna.

Ela está alinhada com princípios éticos, como o respeito à autonomia do paciente, aminimização do sofrimento e a garantia de uma melhor qualidade de vida no fim da existência. Ao respeitar a vontade do paciente em não prolongar procedimentos médicos desnecessários e permitir que o indivíduo tenha um fim de vida com dignidade, a ortutanásia preserva a integridade e a autonomia do ser humano.

Essa prática difere da eutanásia, pois não busca apressar a morte do paciente, mas simassegurar que ele tenha uma morte natural, respeitando sua autonomia e vontade. Portanto, ao proporcionar um desfecho digno e consentido para aqueles em estágio terminal, a ortutanásia pode ser interpretada como um meio de promover a dignidade humana no contexto do biodireito.

Na situação em que ocorre a ortutanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Apenas o médico pode realizar a ortutanásia. Entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem que este tenha requerido que o médico assim agisse. Além disso, o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste. A ortutanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. (Borges, 2005, p. 1-10)

É exatamente no contexto da morte com intervenção que se torna pertinente abordar a concepção de dignidade que atribui à vida um valor maior.

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o bem morrer. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna. (Barroso, 2010, p.13)

1.2. A Distanásia viola a dignidade humana no Biodireito?

A distanásia é caracterizada pelo prolongamento excessivo e desnecessário da vida de pacientes em estado terminal, muitas vezes associado a tratamentos médicos intensivos que não têm benefícios reais ou que apenas prolongam o sofrimento do paciente.

Essa prática, que visa manter artificialmente a vida sem perspectivas de recuperação ou melhora significativa, pode ser interpretada como uma violação da dignidade humana. Ela submete o indivíduo a um sofrimento prolongado, interferindo na qualidade de vida e no direito do paciente de ter uma morte digna e respeitosa.

No campo do biodireito, que se preocupa com questões éticas e legais relacionadas à vida e à saúde, a distanásia pode ser vista como uma violação dos princípios éticos de respeito à autonomia, minimização do sofrimento e promoção da dignidade no fim da vida. Portanto, ela pode ser considerada uma prática que contraria a dignidade humana ao prolongar um estatode sofrimento sem benefícios clínicos reais para o paciente.

Para procedimentos éticos que evitam a distanásia é a distinção entre terapia e cuidados normais. Cuidar do asseio do paciente, do seu conforto e de sua alimentação é uma medida em que essa pode ser tolerada por via oral constituem, sem dúvida, cuidados normais. A obrigação ética de recorrer a qualquer outro procedimento que constitui ato médico ou terapêutico, incluindo, a meu ver, alimentação artificial, precisa ser avaliada à luz da proporcionalidade entre o ônus para o paciente e para os responsáveis pelo seu bem-estar e os benefícios que razoavelmente possam ser previstos. Não há nenhuma obrigação de iniciar ou continuar uma intervenção terapêutica quando o sofrimento ou o esforço gasto são desproporcionais aos benefícios reais antecipados. Neste caso,

não é a interrupção da terapia que provoca amorte da pessoa, mas a patologia previamente existente. Na perspectiva da benignidade humanitária e solidária, o importante é viver com dignidade e, quando chegar a hora certa, morrer com dignidade também. (Martin L, 1998, p. 15)

1.3. Há conflitos de princípios constitucionais?

A Constituição Federal de 1988 retifica em um de seus princípios soberanos o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, contudo esses princípios entram em conflito quando chegamos no prolongamento excessivo da vida através da distanásia e, que são feitas diversas terapias que visam apenas prolongar o inevitável, o direito à vida traz em seu teor que todo o ser humano possui a segurança da vida desde a concepção, tornando-a inviolável. O direito à dignidade humana refere-se ao tratamento respeitoso e justo que cada indivíduo merece, reconhecendo sua autonomia, liberdade e igualdade. Inclui a ideia de que ninguém deve ser submetido a tratamento desumano, degradante ou que viole sua integridade pessoal.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (Moraes, 2002, p.41)

Isso evidencia que o conjunto de leis e normas jurídicas deve ser avaliado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que o direito à vida não pode ser separado dessa concepção. Pelo contrário, ele deve ser analisado em toda a sua extensão, profundidade e importância, mesmo quando se trata do fim da vida. É importante destacar que a proteção do direito à vida, conforme estabelecido no início do artigo 5º da CRFB/88, não significa que a vida deva ser mantida a todo custo, sem considerar a vontade do indivíduo. Portanto, persistir na prolongação do processo de morte ao administrar procedimentos que não têm o potencial de cura ou de alívio para o paciente equivale a impor um veredito cruel, que resulta em sofrimento e angústia insuportáveis, transformando a vida do paciente em algo indigno, humilhante e degradante, em

contraposição ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ressaltando ainda o ordenamento jurídico, há considerações acerca da disponibilidade da vida e da dignidade humana.

A vida é considerada pelo ordenamento jurídico como um bem indisponível, ou seja, o Estado a preserva acima de qualquer outro vetor, porém, dada peculiaridade de determinada situação brota a teoria da disponibilidade da vida, já que o Direito é uma ciência inexata e de evolução constante, e nos permite, no caso concreto, aplicar tal teoria com base em um princípio que rege e orienta todo o Estado de Direito, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. (Satler, 2013, p.1)

2. COMO OS OPERADORES DA MEDICINA CONDUZEM OS PACIENTES TERMINAIS?

Os profissionais responsáveis pelos últimos cuidados em vida, vivem em um difícil dilema acerca de seus pacientes. "Vemos o que a ética médica brasileira codificada diz a respeito da distanásia e sinalizamos para a árdua tarefa: de por um lado não matar: por de outro, não procrastinar ou adiar pura e simplesmente a morte." (Pessini, 2009, p. 1) Esse impasse não se dá somente como os profissionais são instruídos em sua formação, uma parcela maior é sobre como enxergamos a vida, tentando prolongar incansavelmente a qualquer custo.

Nesse contexto, a concepção da morte como um processo natural acabou por se modificar ao longo do tempo. A relutância em se despedir da vida é um elemento que dificulta a transição para o seu término, pois frequentemente é interpretada como um sinal de fracasso pela área médica. A ideia de que o falecimento de um paciente reflete uma falha nos tratamentos utilizados leva a equipe médica a submeter o paciente a terapias intensivas e excessivas, buscando prolongar ao máximo possível o ciclo de vida, mesmo que essa prática não ofereça benefícios tangíveis ou melhorias na condição de saúde.

2.1. Autonomia das decisões do paciente em estado terminal

Quando o indivíduo estiver enfrentando uma doença grave ou estiver em fase terminal, tornando-se incapaz de comunicar seus desejos, familiares e responsáveis

optam por uma extensão indevida da vida, aonde o paciente é levado a tratamentos degradantes com o intuito de adiar o seu último suspiro.

O testamento vital representa a autonomia e o direito do paciente a um tratamento digno em seus últimos dias de vida. É a garantia de que ele não será mantido vivo [contra sua vontade] com a ajuda de aparelhos e nem será submetido a procedimentos médicos invasivos ou dolorosos. (Remédio, 2023, p.1)

O testamento vital vem com intuito de proteger a autonomia dos pacientes que não se encontram em um estado de lucidez plena e fica à mercê de terceiros, sendo pouco utilizado em nossa sociedade devida ao tabu criado quando se trata de morte.

2.2. Preservação da vida nos segmentos das religiões

A preservação da vida é um tema central em muitas religiões ao redor do mundo, refletindo valores fundamentais e princípios éticos que orientam a conduta dos religiosos.

No Cristianismo, a preservação da vida é frequentemente considerada como um mandamento divino. Muitos cristãos acreditam que a vida é um presente de Deus e portanto, é sagrada. O Quinto Mandamento, presente nas escrituras como a Bíblia, explicitamente ordena "não matar". Esse princípio é frequentemente interpretado como uma proibição contra o homicídio e pode influenciar as visões sobre questões médicas, como a Eutanásia e Ortonanásia. "Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou". (Bíblia, Eclesiastes 3,2)

Em muitas circunstâncias, a salvação de uma vida é considerada uma prioridade superior a muitos outros mandamentos religiosos. Essa abordagem tem implicações éticas significativas em questões médicas, onde a prioridade é dada à preservação da vida. É melhor a morte do que uma vida cruel, o repouso eterno do que uma doença constante. (Bíblia, Eclesiastes 30,17)

O texto instiga uma profunda reflexão sobre a complexidade da condição humana e a busca incessante por um equilíbrio entre a compreensão do sofrimento e a preservação do valor da vida. Encontrar respostas para essas questões exige um diálogo

aberto e compassivo que envolva aspectos médicos, éticos, espirituais e sociais para enfrentar as complexidades inerentes ao tema da vida, morte e sofrimento.

3. Conflitos constitucionais: prolongamento da morte versus cuidados paliativos

Para compreender adequadamente a relação entre ortotanásia, distanásia, dignidade humana e Biodireito, é essencial iniciar explorando os aspectos constitucionais que permeiam esses conceitos. No âmbito constitucional, os países costumam consagrar princípios fundamentais que guiam a proteção da vida, da dignidade humana e da autonomia da vontade.

Esses princípios muitas vezes entram em conflito quando se trata da tomada de decisões relacionadas ao fim da vida.

Por exemplo, em muitos ordenamentos jurídicos, o direito à vida é considerado um dos direitos humanos mais fundamentais, protegido tanto por tratados internacionais quanto pelas constituições nacionais. No entanto, essa proteção não é absoluta e deve ser analisada em conjunto com outros princípios, como a dignidade humana e a autonomia da vontade. A dignidade humana, por sua vez, implica no respeito à autonomia e à liberdade de cada indivíduo de tomar decisões sobre sua própria vida e saúde.

Nas palavras de Barbosa e Barreto (2003, p. 59):

A difícil tarefa de estabelecer esses valores tem sido desempenhada pelo Direito, embora o rápido desenrolar dos acontecimentos, não raro atropele o ordenamento, exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas, graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico e biomédico [...] Cabe a direito, por meio de lei, entendida como expressão da vontade da coletividade, definir a ordem social, na medida em que dispõem dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada.

A citação sugere que a relação entre valores éticos e a lei não deve ser uma resposta reativa a cada avanço científico, mas sim uma interação constante entre ciência e lei. O direito biológico é apresentado como um campo que não surge como uma

consequência tardia da ciência, mas como uma síntese de ciência e lei, complementando-se mutuamente. Isso sugere que o direito biológico não é apenas um apêndice da legislação, mas uma área jurídica que reflete e se baseia nos valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição. Barbosa e Barreto explicam que o direito biológico está intimamente ligado aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988:

Impõe-se observar que não há em nossa Constituição um capítulo “dedicado” ou “pertinente” à Bioética ou ao Biodireito. Na verdade, todas as disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade, estão imbricadas com o Biodireito, que não se restringe às questões atinentes à saúde, ao meio ambiente ou à tecnologia. [...] pode-se afirmar que há disposições mais diretamente vinculadas à matéria tratada no âmbito do Biodireito. Algumas de caráter mais geral, com eficácia derogatória e diretiva de todas as regras que envolvam o ser humano, estão compreendidas dentre os Princípios Fundamentais [...] (Barbosa; Barreto, 2003, p. 74)

No entanto, o prolongamento excessivo da morte, caracterizado pela distanásia, pode suscitar questionamentos éticos e jurídicos quanto à dignidade humana. A distanásia ocorre quando se prolonga artificialmente o processo de morrer, muitas vezes contra a vontade do paciente e sem perspectivas reais de melhora. Isso pode resultar em sofrimento desnecessário tanto para o paciente quanto para seus familiares, além de implicar em custos elevados para o sistema de saúde.

Por outro lado, os cuidados paliativos surgem como uma alternativa que busca garantir uma morte digna e respeitosa, promovendo o conforto físico, emocional e espiritual do paciente em seu processo de morrer. Os cuidados paliativos visam aliviar a dor e o sofrimento associados a doenças terminais, permitindo que o paciente viva seus últimos momentos com qualidade e dignidade. Exemplos concretos de tecnologias utilizadas nesse contexto incluem medicamentos para controle da dor, equipamentos de suporte respiratório e terapias complementares, como musicoterapia e terapia ocupacional.

No entanto, apesar dos avanços na área dos cuidados paliativos, ainda há desafios a serem enfrentados, como a falta de acesso universal a esses serviços, a escassez de profissionais capacitados e a resistência cultural em relação à morte e ao morrer. Além

disso, a falta de umaregulamentação clara pode resultar em disparidades na qualidade e na disponibilidade dos cuidados paliativos em diferentes regiões e países.

No contexto do Biodireito, a discussão sobre ortotanásia e distanásia levanta questõeséticas e jurídicas complexas. Por um lado, a ortotanásia, quando praticada de acordo com princípios éticos e legais, pode ser vista como uma expressão da autonomia da vontade do paciente e do respeito à sua dignidade. Permitir que o paciente morra de forma natural, sem intervenções médicas desnecessárias, pode ser considerado uma forma de garantir sua autonomia e sua dignidade em seu processo de morrer.

Por outro lado, a distanásia pode ser encarada como uma violação dos direitos humanose da dignidade da pessoa, ao prolongar o sofrimento sem perspectivas reais de melhora. Além disso, pode gerar custos excessivos para o sistema de saúde e sobrecarregar os recursos médicos, desviando-os de outros pacientes que poderiam se beneficiar deles.

Diniz, dessa forma, entende por distanásia:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa a prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]. (Diniz, 2006, p. 399)

A discussão sobre ortotanásia, distanásia, dignidade humana e Biodireito é complexa e multifacetada, envolvendo uma série de princípios éticos, jurídicos e culturais. A análise equilibrada das vantagens e desvantagens desses temas no direito requer uma abordagem interdisciplinar e sensível às necessidades e aos valores dos pacientes e de suas famílias.

Além dos aspectos constitucionais e éticos, é crucial considerar o papel da tecnologiano contexto da ortotanásia e da distanásia. A rápida evolução tecnológica na área da saúde trouxe consigo uma gama de novas possibilidades de intervenção médica, o que levanta questões sobre até que ponto é ético e adequado utilizar essas tecnologias para prolongar a vidade pacientes em estado terminal. Por exemplo, equipamentos de

suporte à vida, como ventiladores mecânicos e dispositivos de alimentação enteral, podem manter um paciente vivo por tempo indeterminado, mesmo quando suas condições de vida são precárias e sua qualidadede vida é mímina.

No entanto, a utilização dessas tecnologias para prolongar a vida de forma artificial pode entrar em conflito com princípios éticos fundamentais, como o respeito à autonomia da vontade do paciente e a busca pela qualidade de vida. Além disso, o uso indiscriminado dessastecnologias pode resultar em custos elevados para o sistema de saúde e em uma distribuição desigual dos recursos médicos, prejudicando pacientes que poderiam se beneficiar de intervenções mais eficazes e menos invasivas.

Nesse contexto, a discussão sobre ortotanásia e distanásia também se relaciona com odireito à saúde e à igualdade de acesso aos cuidados médicos. Em muitos países, o acesso a cuidados paliativos de qualidade ainda é limitado, especialmente para populações vulneráveis,como os idosos, os pobres e os residentes em áreas rurais. Isso levanta questões sobre justiça distributiva e sobre a responsabilidade do Estado em garantir que todos os cidadãos tenham acesso a cuidados de saúde dignos e adequados, independentemente de sua condição socioeconômica ou geográfica.

Outro aspecto a considerar é o impacto das decisões relacionadas à ortotanásia e à distanásia na prática médica e na relação médico-paciente. A tomada de decisões no contexto do fim da vida pode ser extremamente difícil e delicada, envolvendo não apenas considerações médicas e éticas, mas também aspectos emocionais e familiares. Os médicos muitas vezes se veem diante de dilemas éticos complexos, tentando conciliar o respeito à autonomia do paciente com o dever de agir em seu melhor interesse. Da mesma forma, os pacientes e suas famílias podem enfrentar conflitos internos ao lidar com questões de vida e morte, o que pode gerar angústia e sofrimento adicionais.

É importante destacar que a discussão sobre ortotanásia e distanásia não é estática, mas sim dinâmica e em constante evolução. Novas descobertas científicas, avanços tecnológicos e mudanças culturais podem influenciar significativamente a forma como essas questões são compreendidas e abordadas ao longo do tempo. Portanto, é essencial

continuar a reflexão e o debate sobre esses temas, buscando sempre encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais, o respeito à dignidade humana e o avanço do conhecimento médico e jurídico.

4. ORTOTÁNSIA E DISTÁNSIA EM DIFERENTES CRENÇAS

A dignidade é um princípio universal, mesmo diante de diversas características sociais e culturais das comunidades. Apesar das múltiplas diferenças físicas, intelectuais e psicológicas entre os indivíduos, todos compartilham uma dignidade igual. Apesar das distinções individuais, as pessoas, por sua condição humana, têm necessidades e capacidades vitais semelhantes. Partindo de um contexto amplo acerca da dignidade.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e 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, 153 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 (Ingo, 2006, p. 28)

O autor destaca a importância da dignidade humana, considerando um direito inalienável, irrenunciável.

Vale lembrar que, embora o Estado se comprometa a garantir uma existência digna para todos, é crucial que cada indivíduo tenha consciência de sua própria vida e faça uso de sua liberdade para viver conforme sua própria avaliação do que é mais apropriado, muito embora essa consciência não seja respeitada na prática, pacientes que se encontram em seus últimos dias não tem suas vontades atendidas por pessoas próximas, que entendem que suas atitudes estão sendo tomadas sem a ampla consciência, gerando na maioria das vezes um estado de interdição para si mesmo.

Nessa questão suscitadas, é abrangido a autonomia individual, devendo ser procedida de algo como direito absoluto, que ao tomar decisões sobre um assunto

específico, uma pessoa recorre à sua autonomia, baseando-se em seus próprios princípios, e é fundamental que terceiros respeitem essa autonomia para preservar sua vontade. Esse contexto engloba questões relacionadas à liberdade em diversas esferas.

Em nosso ordenamento jurídico a autonomia privada está prevista de forma subjetiva na Constituição, nascendo a partir da ideia embrionária da dignidade humana, sendo assim mantendo uma relação de coexistência.

A autonomia individual pode ser vista como o reconhecimento do direito do indivíduo de governar a si mesmo, permitindo que estabeleça suas próprias regras, desde que estejam em consonância com as leis estabelecidas pelo Estado, principalmente aquelas definidas na Constituição Federal. Nesse sentido, a autonomia se manifesta na capacidade de tomar decisões livres sobre seus próprios interesses e vida, sem prejudicar os interesses de outras pessoas.

Ambas podem estar em xeque, pois são constantemente agredidas como dito por Barroso (2010) "A arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições".

Contudo, os princípios que regem esta nova sociedade com uma enorme pluralização religiosa, não conseguem encontrar um consenso do que seria morrer dignamente.

Quando se fala de morte digna, não estamos trivializando a mesma e nem banalizando a sua força como um direito fundamental no ordenamento jurídico.

Trata-se de quadros específicos em que não há reversão das graves enfermidades e sem previsão de cura. Nesses casos citados, pacientes são submetidos ao prolongamento da vida através de procedimentos extremamente evasivos que buscam adiar inutilmente a vida, que por consequência da mesma, tiram o pouco do que resta da dignidade.

Considerando que o processo de morte é uma parte importante da experiência humana, portanto, deve ser encarado com dignidade, surge a questão do direito a uma morte digna. Este direito representa a aspiração por vivenciar a morte de forma humana,

como um desejo de assumir controle sobre o próprio fim, não como um objeto de estudo científico, mas como sujeito da própria existência.

É comumente reconhecido que, em cada religião, a morte é atribuída significados diversos, variando entre si.

a) Cristianismo

O cristianismo é uma das principais vertentes espalhadas pelo mundo, sendo 1/3 da população adepta aos seus preceitos. Estado e igreja ao longo do tempo se entrelaçaram e formaram um só, formando um modo de governo bastante influente, em que controlavam a economia, fronteiras e a justiça.

A ideia de ortotanásia, que enfatiza a autonomia individual, é explicitamente abordada em um dos livros que são utilizados para orientar os seguidores dessa fé.

A cessação de tratamentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionados aos resultados esperados, pode ser legítima. É a rejeição do «encarniçamento terapêutico». Não que assim se pretenda dar a morte; simplesmente aceita o facto de a não poder impedir. As decisões devem ser tomadas pelo paciente se para isso tiver competência e capacidade; de contrário, por quem para tal tenha direitos legais, respeitando sempre a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente (Catecismo, 1997, p.649).

O texto expõe a ideia de que a interrupção de tratamentos médicos que são excessivamente custosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais aos resultados esperados. Ele ressalta contra o chamado "encarniçamento terapêutico", que é a insistência em procedimentos médicos agressivos mesmo quando não há mais benefícios significativos para o paciente.

Ainda se tratando da mesma obra, o capítulo seguinte informa sobre os cuidados médicos e o alívio da dor para pessoas que estão próximas da morte. Basicamente, diz que mesmo se alguém estiver morrendo, não é certo simplesmente parar de cuidar dessa pessoa.

Mesmo que a morte seja considerada iminente, os cuidados habitualmente devidos a uma pessoa doente não podem ser legitimamente interrompidos. O uso dos analgésicos para aliviar os sofrimentos do moribundo, mesmo correndo-se o risco de abreviar os seus dias, pode ser

moralmente conforme com a dignidade humana, se a morte não for querida, nem como fim nem como meio, mas somente prevista e tolerada como inevitável. Os cuidados paliativos constituem uma forma excepcional da caridade desinteressada; a esse título, devem ser encorajados. (Catecismo da Igreja Católica. Vaticano: Typis Vaticanis, 1992, p.649).

Em suma, o Cristianismo enfatizam a importância de garantir uma morte digna e compassiva para pacientes terminais, respeitando sua autonomia e oferecendo cuidados que promovam conforto e qualidade de vida até o fim.

b) Espiritismo

O espiritismo criado por Allan Kardec em 1857 usando-se do pseudônimo Hyppolite Leon Denizard Rivail pedagogo e escritor francês, religião da qual o Brasil possui o maior índice de seguidores dentro o mundo todo.

Essa fé compartilha semelhanças com o Cristianismo, pois seus princípios também valorizam a ideia de união pregada por Jesus Cristo. No entanto, difere da doutrina cristã em diversos princípios, incluindo a crença na reencarnação do espírito após a morte.

Para essa religião, a reencarnação é vista como um processo de crescimento espiritual pessoal, onde o espírito passa por várias encarnações para aprimorar-se até alcançar a perfeição.

A ortotanásia não é bem-vista nessa religião, pois cada espírito tem um tempo determinado para permanecer no plano terreno, e interromper esse tempo seria como escapar da prisão antes de cumprir a sentença completa.

A luz do tema o bem retratado no livro dos espíritos de Allan Kardec:

Quando uma pessoa vê diante de si um fim inevitável e horrível, será culpada se abreviar de alguns instantes os seus sofrimentos, apressando voluntariamente sua morte? "É sempre culpado aquele que não aguarda o termo que Deus lhe marcou para a existência. E quem poderá estar certo de que, malgrado as aparências, esse termo tenha chegado; de que um inesperado não venha no último momento?" (Kardec, 1994, p.427)

O questionamento feito acerca do texto, reprova o ato de abreviar a própria vida, pois desafia a ordem natural das coisas e uma reprevação divina.

c) Islamismo

Islamismo, uma das religiões emergentes dentre as mais conhecidas do mundo, possui significado de submissão à vontade de Deus. Feita em 19 de setembro de 1981, na sede da UNESCO, pelo Secretário-Geral do Conselho Islâmico para a Europa, a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos que tem como matéria principal Corão e a Suna, livros sagrados em que regem os princípios e leis do Islamismo. Tal declaração enfatiza a importância da vida que é deixada de herança pelo Alcorão, nela é dita da seguinte forma:

A vida humana é sagrada e inviolável e devem ser envidados todos os esforços para protegê-la. Em particular, nenhuma pessoa deve ser exposta a lesões ou à morte, a não ser sob a autoridade da lei. Durante a vida e depois da morte, deve ser inviolável o caráter sagrado do corpo de uma pessoa. Os crentes devem velar para que o corpo de um falecido seja tratado com a solenidade exigida (Abdul, 1981, online).

No Islamismo, como em outras religiões, vemos que a vida é valorizada e considerada sagrada, e que os seres humanos não têm o direito de decidir sobre ela. Por isso, a interrupção da vida de forma intencional é fortemente desaprovada no meio do islamismo.

d) Hinduísmo

O Hinduísmo é uma religião diversa e em constante evolução, que continua a desempenhar um papel central na vida espiritual, cultural e social da Índia e de milhões de pessoas ao redor do mundo. Suas histórias, mitos, tradições e práticas continuam a inspirar e desafiar os crentes e estudiosos até os dias de hoje.

Alguns princípios centrais do hinduísmo como o Ahimsa (não-violência): A não-violência é um princípio central no Hinduísmo. Nesse contexto, a ortotanásia, que busca permitir uma morte natural sem prolongar o sofrimento de uma pessoa em estado terminal, pode ser vista como consistente com o princípio de ahimsa. Outro princípio que corrobora a prática do hinduísmo é o karma, ensina-se que as ações de uma pessoa

nesta vida afetam suas vidas futuras através do karma e da reencarnação. Portanto, permitir que alguém morra naturalmente, sem prolongar o sofrimento, pode ser visto como parte do ciclo natural de nascimento, morte e renascimento, a conformidade e aceitação de que tudo possui uma hora certa e permitir uma morte natural pode ser visto como uma forma de aceitar e respeitar a vontade divina.

e) Umbanda

A Umbanda, uma religião brasileira, integra traços do espiritismo, do catolicismo, das práticas indígenas e, especialmente, das religiões africanas, notadamente o candomblé. Originada no início do século XX, teve Zélio Fernandino de Moraes como um de seus fundadores. Dado os seus traços embrionários serem diversificados a postura da Umbanda acerca da morte, é condizente com as suas origens, em que a autonomia individual deverá ser respeitada entendendo que a sua desencarnação deverá ser feita de forma natural, ou resistir as graves doenças que assolam, observando o princípio do karma. Contudo, a transmissão de conhecimentos na Umbanda é realizada de forma oral, o que impede uma análise mais profundo tema.

f) Candomblé

Assim como a Umbanda, o candomblé é proveniente das matrizes africanas, mas possui divergência de suas influências em sua fundação, enquanto a umbanda possui-se uma pluralização de religiões em sua origem, o candomblé tem um segmento mais horizontal de seus ideais, sendo mais próximo dos ritos africanos. A forma como a morte é tratada na respectiva religião parte do mesmo princípio que regem a Umbanda, partindo de um pressuposto da autonomia individual em que fica a critério de prosseguir com a vida de forma artificial ou partir ir de modo natural.

CONCLUSÃO

O termo usado entre a cruz e a espada se faz presente no cotidiano dos profissionais da saúde, responsáveis por pacientes no processo de morte, uma vez que

ao longo de sua estruturação como profissionais da saúde são instruído a evitar a morte de qualquer forma, gerando um conflito interno, quando são deparados com os sofrimentos de seus pacientes em estado terminal.

Tal debate interno se deve pelo falta de uma legislação que possa assegurar as ações dos profissionais, sem que possa gerar, dúvidas, punições, incertezas,

Portanto, é relevante salientar que, embora não haja uma legislação específica a respeito disso no sistema jurídico nacional, a Resolução n.º 1.805 do Conselho Federal de Medicina (CFM), em vigor desde 28 de novembro de 2006, regulamentou, em termos disciplinares, o conceito de "limitação do esforço terapêutico".

Art 1. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. (Resolução n.º 1.805 do Conselho Federal de Medicina. 2006. online)

Esta resolução estabelece que os médicos têm permissão para restringir ou interromper tratamentos que prolonguem a vida de pacientes em fase terminal, com doenças graves e incuráveis, desde que respeitem a vontade do paciente ou de seu representante legal. No entanto,

os efeitos desta resolução foram suspensos por uma decisão judicial liminar emitida no âmbito da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, movida pelo Ministério Público Federal na 14ª Vara Federal. Buscando uma solução para essa questão, o Projeto de Lei do Senado n.º 116, de 2000, que propõe descriminalizar a conduta do médico que opta por não utilizar meios desproporcionais e extraordinários em pacientes terminais, desde que certos requisitos sejam observados, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Anteriormente, médicos que agiam de forma desproporcional com procedimentos evasivos, para o prolongamento desnecessário da vida, com mero receio de um possível homicídio culposo, atualmente com a Resolução n.º 1.805 do Conselho

Federal de Medicina, vem para da clareza e autonomia nas decisões dos profissionais da saúde.

ORTHOTANASIA AND DYSTANASIA: THEIR RELATIONSHIP WITH HUMAN DIGNITY AND BIODIRIGHT

ABSTRACT

This work aims to explore the practices of orthothanasia and dysthanasia, analyzing their social impacts and implications for human dignity and individual autonomy. Orthothanasia, which allows natural death without artificial prolongation of life, is aligned with respect for the patient's autonomy and the minimization of suffering, promoting a dignified death. In contrast, dysthanasia prolongs life unnecessarily, often against the patient's will, resulting in prolonged suffering and violation of dignity. This study employs a qualitative approach, including case analyses, interviews with terminally ill patients, family members and healthcare professionals, as well as a review of legal and bioethical literature. Greater awareness among health professionals and the general public about the importance of dignity at the end of life is also recommended, as well as public policies that support patients' autonomy in decisions about medical treatments at the end of life. Orthothanasia is discussed as a practice that respects the patient's autonomy and dignity, while dysthanasia can prolong suffering unnecessarily. The analysis concludes that the discussion on orthothanasia, dysthanasia, human dignity and biolaw requires an interdisciplinary approach that balances the protection of individual rights, respect for human dignity and scientific and legal progress. It is crucial to continue the debate on these topics to adapt legislation and medical practice to new technological and social realities, ensuring justice and equality in access to healthcare.

Keywords: Qualitative. Dignity. Respect. Autonomy

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa H.; BARRETO, Vicente P. (org.). Novos temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 13, 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_19.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2023

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro, Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023

BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ele é: Dignidade da e Autonomia Individual no Final da Vida. Rio de Janeiro. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010

BÍBLIA SAGRADA. Almeida Século 21, 1.a edição, São Paulo: Vida nova 2010

BORGES, R. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Migalhas, São Paulo, abr. 2005. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/11097/eutanasia--ortotanasia-e-distanasia--breves-consideracoes-a-partir-do-biodireito-brasileiro>. Acesso em: 10 dez. 2023

Catecismo da Igreja Católica. São Paulo: Edição típica Vaticana, Loyola, 1992.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e Eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; SATLER, Lara Ramos. Considerações sobre direito de morrer. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/0828>>. Acesso em: 12 dez. 2023

KARDEC, Allan. O Livro dos Espíritos. Brasília. Federação Espírita Brasileira. 1994

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. On the Fear of Death. In: MURRAY C. On Death and Dying. Chicago: Scribner Classics, 1969. Disponível em:
https://www.psicotterapiapalermo.it/PDFS/On%20Death%20and%20Dying_Kubler%20Ross%20Elizabeth.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023

MARTIN, Leonard. Eutanásia e Distanásia. In: COSTASI F., GARRAFA V., OSELKA G. (Org.). Iniciação a Bioética. Brasília (DF): Conselhos Federais de Medicina; 1998. Disponível em:<[http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02_bioetica_\(distanasia\).pdf](http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02_bioetica_(distanasia).pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2023

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002

MÖLLER, Letícia Ludwig. Discussões sobre Direito de Morrer no Direito Comparado. In: _____. Tratado Brasileiro Sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Amedina, 2017, p. 40-50.

PESSINI, L. Distanásia: Até quando investir sem agredir?. Rev. Bioét. São Paulo, v. 4, n. 1, 4 nov. 2009. Disponível em:
https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/394. Acesso em: 10 dez.

2023

RÉMADIO, Fabiana. Testamento vital: a voz do paciente quando ele não tiver mais voz. Jornal USP, São Paulo, 21 ago. 2023. Disponível em:

<https://jornal.usp.br/ciencias/testamento-vital-a-voz-do-paciente-quando-ele-nao-tiver-mais-voz/>. Acesso em: 13 dez. 2023

WAHHAB, Abdul. Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos. Paris. 1981.

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 05 mai. 2024

WOLFGANG, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2011.

OS SISTEMAS DE JUSTIÇA NAS SITUAÇÕES DE ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

Laura Beatriz Pereira de Sousa Santos⁵⁸

Marli de Fátima Morais Araújo Moura⁵⁹

Mylena Seabra Toschi⁶⁰

RESUMO

No Brasil, o número de crianças abusadas sexualmente, em situação intrafamiliar, vem aumentando gradativamente a cada ano, o que levanta o seguinte questionamento: Por que os sistemas jurídicos brasileiros se apresentam falhos em diminuir os casos de abuso sexual infantil intrafamiliar? Desta forma, o presente trabalho teve como objetivo geral apresentar o que dizem as literaturas científicas sobre a ineficácia dos Sistemas de Justiça em diminuir os casos de abuso sexual infantil intrafamiliar e como objetivos específicos realizar uma breve análise histórica da violência sexual infantil; apresentar e conceituar os sistemas jurídicos de proteção à criança e discutir a (in)eficiência dos sistemas jurídicos em diminuir casos de abuso sexual infantil intrafamiliar. A metodologia utilizada para a construção da pesquisa foi a bibliográfica, com coleta de dados realizada por meio das plataformas *Scientific Eletronic Library online* (SciELO) e Google Acadêmico, além de sites pertinentes ao sistema de justiça brasileiro. Os resultados evidenciaram que os sistemas jurídicos brasileiros se apresentam falhos, no que tange à diminuição dos casos de abuso sexual infantil intrafamiliar devido à falta de políticas públicas de punição ao agressor, assim como políticas públicas de prevenção para o combate à violência sexual e por fim, pela falta de um procedimento padronizado no momento das denúncias, o que leva muitas instituições a um atendimento discriminatório.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Sistemas jurídicos. Violência sexual

INTRODUÇÃO

A temática abordada expõe uma questão de violência sexual contra crianças, independentemente de sua religião, etnia ou classe social. Compreende-se de uma violência tida como “todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de dezoito anos, cuja finalidade é estimular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter estimulação própria” (Lins, 2006, p.9).

⁵⁸ Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: laurabeatrizsantos099@gmail.com.

⁵⁹ Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: marlidefatimamoura@gmail.com.

⁶⁰ Mestre em Educação, Linguagem e Tecnologias, Professora da Faculdade Evangélica Raízes. E-mail: mstoschi@hotmail.com.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o abuso infantil é um dos maiores problemas de saúde pública em todo o mundo. A maioria das vítimas são meninas, porém os meninos também podem ser violentados sexualmente. Contudo, o abuso sexual causa um grande impacto na saúde física e mental das crianças, tais como fobias, ansiedades, depressão, transtornos de personalidade e desejo de suicídio (Pleiffer; Salvagni, 2005).

Sabe-se que no Brasil a criança encontra-se cercada de leis que a protegem e buscam a garantia de seus direitos, tais como a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Constituição Federal de 1988, a qual dispõe que as crianças e adolescentes são responsabilidade da família, da sociedade e do Estado (Lins, 2006).

No entanto, mesmo com essa grande rede de proteção, os casos de violência sexual infantil intrafamiliar continuam ocorrendo, até mesmo de forma reincidente. Busca-se, neste estudo analisar as causas que levam ao fracasso do sistema jurídico, ou seja, a sua ineficiência em reduzir a ocorrência de casos de abuso sexual infantil intrafamiliar. Assim, trata-se de um tema de grande relevância social e acadêmica.

Frente ao contexto apresentado, surgiu o questionamento que trouxe direção ao estudo: Por que os sistemas jurídicos brasileiros se apresentam falhos em diminuir os casos de abuso sexual infantil intrafamiliar? Tendo o mesmo como objetivo geral apresentar o que dizem as literaturas científicas sobre a ineficácia dos Sistemas de Justiça em diminuir os casos de abuso sexual infantil intrafamiliar.

A metodologia utilizada na execução da pesquisa foi a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, que de acordo com Cervo, Bervian e Silva (2007, p. 61), "constitui o procedimento básico para os estudos monográficos, pelos quais se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema". As produções científicas analisadas sobre o tema proposto, foram do período de 2000 à atual, com exceção de leis e literaturas clássicas, que foram utilizadas livremente, sem limite de período de publicação. Para a coleta de dados, utilizou-se artigos científicos obtidos por meio de pesquisa ao banco de dados dos

sites da *Scientific Electronic Library Online (SciELO)* e Google Acadêmico. Foram inclusos neste estudo artigos publicados tanto em língua portuguesa, quanto inglesa. Para a análise dos dados realizou-se uma revisão crítica por meio do conteúdo dos artigos.

1. CONCEITOS GERAIS ACERCA DE VIOLÊNCIA SEXUAL NA PERSPECTIVA INTRAFAMILIAR: CONQUISTAS ALCANÇADAS

Este trabalho final dedica-se a abordar a questão dos menores de idade que, devido ao seu desenvolvimento incompleto, não possuem a capacidade necessária para se defenderem plenamente. Esses indivíduos, comumente denominados crianças e adolescentes no artigo 1º do ECA, são o foco da nossa preocupação (Falcão; Felizola, 2022).

Para efeitos deste trabalho, Moraes (2021) enfatiza que a terminologia "criança" será utilizado para abranger ambas as faixas etárias. A sociedade enfrenta atualmente o problema generalizado da violência, que se manifesta de várias formas, incluindo a violência sexual. Em tempos anteriores, a sociedade não conseguiu reconhecer as crianças como indivíduos que necessitavam de cuidados e atenção adicionais.

Ao contrário, eram considerados versões em miniatura de adultos, sem o mesmo nível de inteligência. Por consequência, a infância como fase distinta da vida era inexistente. Isto resultou na atribuição às crianças de tarefas inadequadas à sua idade, ao mesmo tempo que desconsideravam a sua vulnerabilidade e presumiam que possuíam o mesmo nível de compreensão que os adultos (Silva *et al.*, 2020).

No passado, a questão da violência persistiu, mas só recentemente, com o reconhecimento crescente da importância dos direitos humanos, é que os esforços para a resolver tiveram precedênciia. A violência pode ser definida como o uso de força física ou intimidação moral contra alguém ou algo. A violência sexual, em sentido amplo, refere-se a qualquer ato ou relacionamento sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente, com a intenção de dele derivar gratificação sexual (Moraes, 2021).

Este termo também pode ser descrito por Gabel (1997, p.20) como:

A participação de crianças e adolescentes, dependentes e ainda em processo de desenvolvimento, em atividades sexuais que excedem a sua compreensão e capacidade de dar consentimento informado, ou que violam as normas sociais e a dinâmica familiar, é uma questão profundamente preocupante. Isso inclui atos como pedofilia, abuso sexual violento e incesto. Vale ressaltar que há menos estudos sobre a frequência do abuso sexual violento em comparação à violência física. O abuso pode ser categorizado em familiar e não familiar, com aproximadamente 80% dos casos envolvendo familiares ou indivíduos de confiança. Em termos de relações incestuosas, existem cinco tipos conhecidos: pai-filha, irmão-irmã, mãe-filho, pai-filho e mãe-filha.

Neste ínterim, o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar são de natureza distintas. Enquanto o abuso extrafamiliar refere-se a casos em que a violência ocorre fora de casa ou envolve um agressor que não está intimamente ligado à família. Em contraste, o abuso intrafamiliar ocorre dentro da unidade familiar, normalmente envolvendo um menor e um familiar próximo que mantém contato regular (Balbinotti, 2015).

Por isso, faz-se imprescindível notar que o abuso sexual infantil intrafamiliar é apenas uma forma de violência que as crianças podem sofrer dentro de suas casas. Isso porque, a questão da violência sexual no seio das famílias levanta um aspecto crucial que merece um exame cuidadoso: o fenômeno conhecido como síndrome secreta. Esta síndrome é uma manifestação das táticas do agressor para garantir que o abuso infligido à criança permaneça oculto (Honorato, 2023).

Além disso, é verdade que, em casos de abuso no seio da família, o perpetrador possui um elevado nível de proximidade com a vítima. Por exemplo, em casos de abuso entre pai e filha, o agressor pode alternar entre atos de violência e demonstrações de afeto e cuidado, ocultando efetivamente a sua verdadeira natureza e tornando extremamente difícil descobrir o abuso (Honorato, 2023).

Isto é, o exercício do poder sobre a criança suscita um sentimento de apreensão relativamente às potenciais consequências da denúncia do abuso, sobretudo tendo em conta que o agressor e a vítima coexistem frequentemente no mesmo agregado familiar. A proximidade física e o vínculo emocional entre o agressor e a vítima em tais situações desempenham ainda um papel significativo na formação da resposta da vítima ao abuso (Silva *et al.*, 2020).

Ainda para Silva *et al.*, (2020), a percepção que a vítima tem do seu agressor sofre uma transformação desconcertante, levando-a a questionar a realidade do abuso que está a sofrer. Esta confusão decorre da fase de desenvolvimento em que o abuso normalmente ocorre, coincidindo com o período crucial de formação da personalidade da criança, geração de ideias e formação de perspectivas. Quando se trata de violência dentro das famílias, a duração do abuso tende a ser mais longa do que nos casos de violência fora da família, por vezes durando vários anos.

De acordo com Braun (2002), o agressor dentro da família estabelece uma ligação com a vítima oferecendo presentes, guloseimas e dinheiro, normalmente como uma ocorrência única. Por outro lado, o agressor no seio da família utiliza o seu poder para manipular a vítima, recorrendo a ameaças para evitar que esta revele a agressão. A razão para isto é que tem sido uma prática de longa data, independentemente da raça, cor, etnia ou posição social.

Esta prática ocorre de forma oculta e muitas vezes não é denunciada às autoridades competentes. Até recentemente, esta questão não tinha sido examinada minuciosamente na literatura académica, tornando difícil recolher estatísticas e fornecer provas concretas deste ato ilegal. É considerada uma das formas mais brutais de abuso infantil, envolvendo a exploração de menores para satisfazer os desejos sexuais de adultos. A vítima vivencia um profundo tumulto emocional devido à natureza paradoxal do agressor, que deveria fornecer proteção e amor (Lima *et al.*, 2021).

Esta confusão impede a vítima de diferenciar entre afeto paterno e gratificação sexual, levando a perturbações na sua identidade sexual. Ao examinar a violência contra indivíduos mais vulneráveis, como as crianças, é crucial considerar a questão subjacente da desigualdade, particularmente em termos de género e idade. Esta dinâmica de poder desigual perpetua um ciclo contínuo de abuso sexual infantil (Moraes, 2021).

Para Hofendorff *et al.*, (2015) a ocorrência de abuso é significativamente mais prevalente entre as mulheres, como evidenciado pelas taxas de incidência mais elevadas em comparação com os homens. Embora os homens também sofram abusos, os dados

revelam que as suas taxas são comparativamente mais baixas. Além disso, os homens optam frequentemente por não denunciar os abusos que sofreram, ao contrário das mulheres, resultando num número inferior de casos denunciados em relação ao número real de ocorrências.

Para tanto, os efeitos do abuso sexual podem diferir significativamente, com variações ocorrendo caso a caso. Estas variações são influenciadas por vários fatores, incluindo a idade da criança quando o abuso ocorreu, a relação entre a criança e o agressor, o ambiente familiar em que a criança reside, as consequências da revelação do abuso, as respostas daqueles que estão no círculo social da criança, bem como, as ações subsequentes tomadas pelos sistemas jurídico, médico e social envolvidos no caso (Oliveira, 2006).

No cenário internacional, tem havido uma mudança notável nos valores associados às crianças e adolescentes, levando a uma maior ênfase no seu bem-estar e na necessidade de cuidados e proteção adequados. Este reconhecimento global da sua importância foi solidificado através de duas reuniões significativas realizadas em Genebra em 1924 e em Viena em 1952. A finalidade principal destes eventos eram garantir que as crianças recebessem o apoio necessário e a proteção que merecem (Ferrari; Vecina, 2002).

Dado o exposto, apenas mediante a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), é que as crianças começaram a ser reconhecidas como sujeitos jurídicos que requerem cuidados e proteção especiais devido à sua imaturidade física e mental. Este documento reconhecido mundialmente é composto por dez princípios fundamentais que garantem a salvaguarda das crianças, marcando um marco significativo no reconhecimento da infância (Ferrari; Vecina, 2002).

Ademais, como resultado destas iniciativas, que desencadearam esforços semelhantes, a percepção das crianças e adolescentes mudou para reconhecer-las como indivíduos que necessitam de cuidados e salvaguardas. Estas ações, motivadas pelo nobre objetivo de proteger-las de danos e potenciais abusos por parte dos seus supostos protetores, exemplificam esforços louváveis e valiosos. Este preconizava a intervenção do

Estado em questões familiares, conferindo ao Estado plena autoridade para intervir na vida dos “menores em situação irregular” até atingirem a maioridade. Isto incluiu alertar os responsáveis, colocá-los em lares substitutos, fornecer abrigo em instituições de ensino e hospitalares e até mesmo transferi-los para instalações psiquiátricas (Oliveira, 2006).

Em dezembro de 1964, criou-se, pela Lei nº 4.513, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, para então alterar o Serviço de Assistência à Menores. Essas diretrizes implantadas pela FUNABEM eram ditas diferenciadas das adotadas pelo então Sistema de Assistência à Menores – SAM, afinal os métodos aplicados visavam resguardar os programas atrelados à integração da criança e do adolescente na sociedade (Brasil, 1964).

Sob esta ótica, o Estado traz uma abordagem intersetorial da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos pela criação do Ministério da Justiça. Logo, em 1988, houve a promulgação da atual Constituição Federal (CF), que inclui o art. 227 que dispõe de disposições específicas, onde:

[...] à família, a sociedade e o Estado têm a responsabilidade coletiva de garantir que às crianças e aos adolescentes seja garantida prioridade absoluta a direitos como a vida, a saúde, a alimentação, a educação, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a família e a comunidade (Brasil, 1988).

Por este motivo, atualmente inúmeros programas e iniciativas, tanto da sociedade como do governo, estão focados em abordar esta questão. Para isso, alguns profissionais dedicados ao bem-estar e ao desenvolvimento holístico de crianças e adolescentes tiveram papel ativo na defesa dos direitos desse grupo, levando à criação do Estatuto da Criança e do Adolescência (ECA) em 1990 (Brasil, 1990).

Ele nasceu de um movimento de conscientização e respeito pela criança e pelo adolescente, com a finalidade de somar esforços para chegar-se até uma sociedade melhor. Ele garante que as crianças e os adolescentes, independentemente de cor, etnia ou classe social, sejam tratados com atenção, cuidados e proteção especiais para se desenvolverem e tornarem-se adultos saudáveis (Brasil, 1990).

No documento fica disposto que, é crucial proteger a criança e ao adolescente de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Segundo esses princípios, essa legislação representou um triunfo importante tanto para a sociedade como um todo como para as crianças e adolescentes do Brasil, pois reconheceu o seu estatuto não apenas como destinatários da intervenção do Estado, mas como participantes ativos no sistema jurídico, independentemente das suas circunstâncias socioculturais (Brasil, 1990).

De acordo com o art. 15 do ECA, a criança e ao adolescente "têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade no percurso de seu desenvolvimento e no exercício de seus direitos civis, humanos e sociais protegidos pela CF". Ao longo dos seus dezesseis anos de existência, o ECA enfrentou diversas tentativas de modificação de seus dispositivos. No referido art. 130 da Lei nº 8.069/90, também conhecida como ECA, existe dispositivo que permite o afastamento do agressor do convívio compartilhado nos casos em que se confirme a opressão ou o abuso sexual dos pais ou responsáveis (Brasil, 1988; Brasil, 1990).

A lei estabelece que, caso sejam constatados maus-tratos, opressão ou abuso sexual por parte dos pais ou responsáveis, a autoridade judiciária tem competência para ordenar a medida cautelar de afastamento do agressor do domicílio comum. Segundo Nucci (2020), quando uma criança ou adolescente vivencia maus-tratos, opressão, abuso sexual ou qualquer forma de violência, existem apenas dois cursos possíveis de ação delineados no art. 130 do ECA.

A primeira opção é retirar o agressor da residência compartilhada, permitindo que a criança fique em casa ou com o outro genitor ou responsável. A segunda opção é retirar a criança ou adolescente do domicílio compartilhado e colocá-lo em ambiente institucional ou familiar caso o ambiente de convivência se torne inadequado. Isto pode ser necessário se ambos os pais forem responsáveis pelo sofrimento infligido à criança, ou se houver apenas um dos pais que os maltrata (Oliveira, 2006).

De modo geral, note-se que houve um desenvolvimento notável que surgiu nos últimos tempos e que merece atenção: a distorção do conceito de proteção de crianças e

adolescentes contra abusos. Este fenômeno é bastante extremo. No passado, o tema da sexualidade de crianças e adolescentes era muitas vezes esquecido. No entanto, surgiu um novo sentimento que leva os pais a monitorizar constantemente os seus filhos, a fim de prevenir qualquer forma de abuso sexual (Bauman, 1997).

Bauman (1997) corrobora ainda que, a inocência da ternura parental foi perdida, enfatizando a necessidade crucial de medidas para prevenir o abuso infantil, particularmente o abuso sexual. No entanto, é importante encontrar um equilíbrio na implementação destas medidas, uma vez que uma abordagem extrema pode levar a uma ruptura patológica na relação pais-filhos. Quando os adultos são privados da oportunidade de dar atenção, amor e carinho aos seus filhos, isso muitas vezes resulta em insegurança, medo e até mesmo comportamentos e sintomas patológicos decorrentes da falta de afeto infantil.

Finalmente, é válido pontuar que no contexto da pós-modernidade, numerosos fatores expõem as crianças a potenciais abusadores, necessitando de uma política que aumente a sensibilização da sociedade. Esta política deve enfatizar a importância de ver as crianças e os adolescentes como indivíduos que necessitam de cuidados, proteção e de um ambiente familiar estimulante que sirva como uma estrutura social de apoio. Através de uma combinação de amor e disciplina, o desenvolvimento saudável pode ser promovido.

2. UMA BREVE ANÁLISE DA HISTÓRIA DA VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL – DA IDADE MEDIEVAL ATÉ A ATUALIDADE

A história demonstra que a violência sexual infantil vem desde tempos bastante remotos. Na idade medieval era bastante comum que adultos, sem nenhum constrangimento ou mesmo algo se apresentasse como imoral, brincasse com as genitálias das crianças, já que para a sociedade daquela época, a criança era indiferente à sexualidade e ao prazer. Com o passar dos anos, aos poucos, surgiu o entendimento de

que a criança deveria ser “separada” do adulto, justamente para que situações que gerassem vulnerabilidade e exposição das crianças fossem evitadas (Ariès, 1981).

Em concordância diz Ferreira (2009) que na idade média não somente havia ausência de infância como também a ausência de qualquer esforço para que o mundo da criança fosse agregado ao mundo dos adultos, como por exemplo, em casa, ausência de um quarto separado para as crianças, que dormiam com os adultos; na literatura, ausência de literaturas específicas infantis, as mesmas só podiam ser alfabetizadas com literaturas clássicas; na pedagogia, ausência de turmas separadas por idades, sem mencionar a aplicação de castigos que eram comuns na época.

Conforme explica Heywood (2004) essa indiferença em relação à infância no período medieval apresentou como consequência uma postura insensível dos pais com relação à criação de seus filhos. Bebês, especialmente os menores de 2 anos, sofriam de seus pais, um grande descaso, que consideravam perca de tempo investir esforços em um ser com grandes probabilidades de morrer cedo.

Pode-se apresentar um argumento contundente para demonstrar que a suposta indiferença com relação à infância no período medieval resultou em uma postura insensível com relação à criação de filhos. Os bebês abaixo de 2 anos, em particular, sofriam de descaso assustador, com os pais considerando pouco aconselhável investir muito tempo ou esforço em um “pobre animal suspirante”, que tinha tantas probabilidades de morrer com pouca idade (Heywood, 2004, p.87)

Segundo Ariès (1981, p.10) as crianças menores de dois anos eram tratadas como animalzinho, macaquinho ou coisinhas engraçadinhas:

Contudo, um sentimento superficial da criança – a que chamei de “paparicação” – era reservado a criancinha em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era não fazer muito caso, pois outra criança logo a substituiria. A criança não chegava a sair de uma espécie de anonimato.

Heywood (2004) ressalta que o tratamento dado às crianças do sexo masculino era, em muitas vezes, diferente do tratamento oferecido à criança do sexo feminino, já que as meninas eram consideradas produtos de uma relação proibida, de uma libertinagem. Assim, o nascimento de uma criança do sexo masculino era comemorado com três

badaladas de um grande sino, enquanto da criança do sexo feminino, badalava-se apenas duas vezes um pequeno sino.

Diante deste contexto, Heywood (2004) pontua que há uma desvalorização do sexo feminino, isso porque há uma naturalização da violência contra as mulheres. Isso tem influência com a resistência da violência sexual intrafamiliar, assunto que será discutido mais adiante. Infelizmente, em alguns casos, há um direito de perversidade por parte do abusador, configurando à criança do sexo feminino, um caráter de desvalorização.

Já na Idade moderna, a concepção de sexualidade da criança começa a ser modificada. outrora a criança era tida como um ser sem desejos, onde podia-se fazer todo tipo de brincadeiras sexuais, que não as afetaria, agora na idade moderna, a criança deve ser protegida de toda e qualquer exposição imoral (Oliveira, 2006). Para o autor, os abusos sexuais contra crianças acontecem desde a antiguidade. Áries (1981) expõe que somente a partir do século XVII que as crianças começaram a ser ouvidas, e a ter um papel social importante.

Suas denúncias de abuso sexual antes desse período eram compreendidas pelos juízes da época como mentirosas, ou mesmo fantasiosas, compreendendo estes que o desejo das crianças, ou de seus pais, ao realizarem tais denúncias eram o de obter alguma vantagem financeira (Áries, 1981).

Para Heywood (2004) somente no século XVII reconheceu-se que a criança recém-nascida precisava de uma “quarentena” antes de integrar ao mundo dos adultos, fazendo com que as crianças começassem a ser separadas dos adultos. Antes disso, não havia o reconhecimento da infância como uma etapa do desenvolvimento humano e/ou ainda garantia de que as crianças e adolescentes precisavam de proteção.

No Brasil, no que tange à exploração da criança, a situação não era muito diferente, visto que desde o começo da colonização, as crianças indígenas eram submetidas fisicamente e mentalmente pelos jesuítas, com destaque ao aspecto sexualidade. Para Gabel (1997) e Vecina e Ferrari (2002), os efeitos do abuso sexual diferem dependendo da ligação entre a criança e o agressor, conforme mencionado anteriormente.

Normalmente, o abuso incestuoso leva a repercuções mais profundas e duradouras. Isto se deve à perturbação que causa na percepção da criança sobre as figuras parentais: o papel do pai como protetor é prejudicado e, em vez disso, ele se torna um símbolo de autoridade, ligado à vulnerabilidade da mãe e à incapacidade de intervir durante o abuso. Dessa forma, quando ocorre abuso sexual intrafamiliar, a própria base da família como um ambiente seguro e acolhedor é destruída (Romaro; Capitão, 2007).

Em vez disso, torna-se um terreno fértil para a insegurança, o medo, a desconfiança, os conflitos e uma confusão entre o certo e o errado. A dinâmica dentro da família sofre uma inversão completa, com a criança ou adolescente sendo forçado a um papel pseudo-igual na relação sexual, enquanto os papéis familiares tornam-se distorcidos e confusos. Essa deturpação da família como local de crescimento, confiança e apoio tem consequências devastadoras no desenvolvimento da criança ou do adolescente, causando prejuízos imensos (Flores; Caminha, 1994).

Quando se trata da conduta social de indivíduos que sofreram abuso sexual, é amplamente reconhecido que este impacta profundamente crianças e adolescentes, levando à ruptura da sua capacidade de formar relações de confiança com os outros. No estudo de Flores e Caminha (1994), ficou apontado que as vítimas de abuso apresentam um comportamento pró-social diminuído, exibindo tendências reduzidas para partilhar, ajudar e envolver-se com os seus pares em comparação com aqueles que não sofreram abuso, afastando das interações sociais e a formar conexões superficiais.

Com base nisso, o bem-estar mental de crianças e adolescentes é profundamente afetado por diversas formas de violência e abuso. Isto é particularmente significativo porque eles estão numa fase crítica de desenvolvimento mental e físico. As consequências de tal violência e abuso estendem-se para além do seu desempenho académico, afetando também a sua adaptação social e o seu crescimento orgânico. Em diversas pesquisas, há o estabelecimento de ligação entre a violência doméstica e o surgimento de perturbações de personalidade, perturbações de ansiedade, perturbações de humor, comportamentos agressivos, dificuldades sexuais, doenças psicossomáticas, perturbações de pânico e outros

efeitos prejudiciais. Além disso, desgasta sua autoestima, pois se identificam com o agressor e apresentam comportamento agressivo (Romaro; Capitão, 2007).

No domínio do comportamento dos adolescentes, podem ser identificados casos de agressão sexual contra outras crianças, particularmente entre rapazes que sofreram agressão sexual antes de atingirem a puberdade. Por outro lado, as meninas muitas vezes exibem uma tendência para reconstituir as suas próprias experiências traumáticas através de comportamentos sedutores. Nos casos mais graves, podem-se encontrar situações consideradas perversas, onde as vítimas de abuso sexual podem apresentar tendências à ninfomania ou mesmo à prostituição (Gabel, 1997).

Romaro e Capitão (2007) discutem diversos transtornos que podem surgir em decorrência de abusos na infância ou na adolescência. Esses distúrbios abrangem disfunções sexuais, como ausência ou declínio do desejo sexual, que inclui frigidez, aversão sexual e falta de prazer sexual. Além disso, incluem problemas de resposta genital, como impotência sexual, orgasmo inibido (disfunção orgástica) e ejaculação precoce (a incapacidade de controlar a ejaculação para satisfação de ambos os parceiros).

Em vista do supracitado, há um reconhecimento da infância como um período de desenvolvimento humana, onde a criança deve ser objeto de proteção, tornando-se uma construção histórica. Esse reconhecimento se materializa em várias ações sociais, desde a educação à justiça. Para tanto, as crianças e os adolescentes são guardados por muitas leis que as protegem, e que garantem que possuem direito à vida e à saúde, desenvolvimento saudável e condições dignas de se viver (Brasil, 1990).

A seguir, tem-se os conceitos acerca de políticas públicas que protegem a criança e adolescentes da violência sexual intrafamiliar, em vigor no âmbito nacional. É primordial a implementação de políticas públicas. Afinal, em muitas situações, as vítimas permanecem em silêncio por medo ou vergonha, acreditando que o abuso que sofrem é normal e temporário e/ou ainda que o agressor os manipula alegando que esses atos são uma forma de afeto, perpetuando o ciclo de abuso.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: IMPORTANTES CONCEITUAÇÕES

Inicialmente, cabe salientar sobre ordenamento jurídico, o qual conforme Bobbio (2004) é um conjunto de normas jurídicas interdependentes, reunidas conforme princípios unificadores, cuja finalidade é disciplinar a convivência social. Nesta hierarquia, dispositivos normativos superiores dão validade e subordinam dispositivos normativos de categorias interiores.

Ao implementar mecanismos de resposta e medidas preventivas, as famílias que possam estar a enfrentar este problema podem ser alertadas e tomar medidas para proteger os seus filhos de potenciais danos infligidos por um membro da família. Além disso, as políticas públicas servem como dissuasor para potenciais agressores, uma vez que estes enfrentarão repercussões pelas suas ações (Bobbio, 2004).

Nesta perspectiva, os arts. 86 e 87 da Lei nº 8.069/1990 traz no ECA que:

[...] determina a implementação de uma estratégia abrangente envolvendo entidades governamentais e não governamentais para garantir a proteção de crianças e adolescentes e defender seus direitos” e o (87) explica que quando se trata de casos que envolvem violência sexual, a política do serviço centra-se na prestação de “serviços especiais de prevenção e apoio médico e psicossocial a indivíduos que sofreram negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão” (Brasil, 1990).

Além disso, estão incluídos o Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual, lançado no ano 2000, e o Programa de Ações Integradas e de Referência de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes no Território Brasileiro (PAIR), foi implementado em 2003 e organizado em torno de seis áreas principais de foco (Bispo *et al.*, 2011).

Estas áreas incluem: análise da situação atual a promoção da mobilização e da colaboração, a garantia de responsabilização e proteção, a prestação de serviços essenciais, a promoção da prevenção e a capacitação de crianças e jovens para assumirem o controle. Dentro dessas áreas, há ênfase específica no atendimento integral às crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, bem como às suas famílias (Bispo *et al.*, 2011).

Há também a integração dos serviços para atendimento de casos de violência sexual no Brasil está sob a alçada do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). O Ministério da Previdência Social supervisiona a coordenação do SUAS, que é regido pela Política Nacional de Assistência Social - PNAS (Brasil, 2004). A PNAS está construída sobre os princípios traçados na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Brasil, 1993), que estabelece diretrizes e critérios para a organização da assistência social.

Na organização dos serviços de assistência social, é fundamental desenvolver programas que prestem assistência a pessoas em situação de rua, bem como a crianças e adolescentes que enfrentam desafios pessoais e sociais. Esses programas devem seguir as diretrizes previstas na CF e no ECA. Adicionalmente, a PNAS (Brasil, 2004) enfatiza que os usuários dos serviços sociais são considerados cidadãos e grupos que se encontram em situações vulneráveis e de risco.

Estes serviços sociais devem ser categorizados com base na complexidade das situações e da população que servem, incluindo a proteção social básica e os serviços sociais especializados divididos em média e alta complexidade. Tem como intuito principal: a proteção social básica é mitigar a ocorrência de circunstâncias precárias, promovendo o crescimento pessoal e a aquisição de recursos essenciais, ao mesmo tempo que reforça as ligações familiares e comunitárias.

Logo, os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), são um exemplo proeminente dessa abordagem, embora não sejam os únicos representantes. Esta forma de apoio é especificamente concebida para indivíduos que enfrentam vulnerabilidade social devido a fatores como a pobreza, a falta de rendimentos, o acesso limitado aos serviços públicos e outros desafios que podem enfraquecer os laços emocionais ou a pertença social, incluindo idade, etnia, discriminação de gênero ou deficiência (Brasil, 2004).

Ao contrário da proteção social básica, a proteção social específica centra-se na abordagem de situações em que os direitos foram violados, tais como casos de violência sexual. Isto sublinha a importância da implementação de estratégias que promovam o

cuidado sócio familiar, o que envolve a reorganização da unidade familiar e o cultivo de novos fundamentos morais e emocionais (Hohendorff *et al.*, 2015).

A finalidade deste resguardo social é prestar assistência a indivíduos e famílias que enfrentam vulnerabilidades pessoais e sociais, tais como negligência, maus-tratos físicos e/ou emocionais, agressão sexual, abuso de substâncias, adesão a medidas socioeducativas, falta de moradia, trabalho infantil e circunstâncias semelhantes (Brasil, 2004).

Retornando ao ECA, em seus arts. 5º e 13º, fica explicitamente afirmado que nenhuma criança ou adolescente deve sofrer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão. Qualquer violação destes direitos fundamentais, seja através de ação ou inação, está sujeita a consequências jurídicas. Além disso, o art. 13 enfatiza a importância de denunciar quaisquer casos suspeitos ou confirmados de abuso ao Conselho Tutelar competente, juntamente com outras medidas legais necessárias. Neste viés, o ECA protege os direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, não deixando espaço para privações por ação ou omissão (Brasil, 1990).

De acordo com o Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), as seções relativas à violência sexual contra crianças e adolescentes descrevem as penas prescritas para tais crimes:

A pena para a prática dos atos descritos é de prisão por um período de 8 a 15 anos. Além disso, se estas ações forem praticadas com alguém que não tenha o discernimento necessário por doença ou deficiência mental, ou se a pessoa não puder resistir por qualquer outro motivo, aplica-se a mesma pena. Nos casos em que da conduta resulte lesão corporal grave, a pena aumenta para reclusão de 10 a 20 anos. E se a conduta levar à morte, a pena passa a ser reclusão de 12 a 30 anos. Aqueles que cometem atos sexuais com menores de 14 anos, ou com indivíduos que não tenham discernimento ou não possam oferecer resistência devido a doença ou deficiência, enfrentarão consequências legais. Se ocorrer lesão corporal, será considerado crime gravíssimo, e se ocorrer morte, será o crime mais grave, com pena de prisão que varia de 12 a 30 anos.

A legislação dá grande ênfase ao estabelecimento e organização de uma rede de proteção a crianças e adolescentes como forma de garantir uma salvaguarda eficaz. No que diz respeito à prestação de cuidados, o ECA (Brasil, 1990) afirma que o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes será alcançado por meio de um esforço

coordenado envolvendo entidades governamentais e não governamentais nos níveis nacional, estadual, distrital e municipal.

Nesta linha particular de pensamento, os serviços de proteção social que se enquadram na categoria de média complexidade são concebidos para prestar ajuda a indivíduos e famílias cujos direitos foram violados, mas que ainda mantêm ligações familiares e comunitárias intactas. Estes serviços necessitam de um nível mais avançado de organização técnica e operacional, bem como de um atendimento especializado e personalizado. Isto pode ser alcançado através de vários meios, como orientação, serviços de apoio sócio familiar, serviço social, extensão na rua, entre outros (Brasil, 2004).

Em seguida, os serviços de proteção social altamente complexos e de natureza especializada abrangem uma vasta gama de disposições, assegurando apoio holístico, como abrigo, sustento, saneamento e emprego seguro, para indivíduos e famílias que não têm uma base estável e/ou se encontram em circunstâncias vulneráveis, necessitando da sua remoção do seu ambiente familiar ou comunitário imediato (Brasil, 2004).

Entre os exemplos de proteção social estão os cuidados institucionais abrangentes, arranjos residenciais alternativos, incluindo casas, dormitórios, casas de recuperação e albergues, bem como colocações familiares substitutas e lares de acolhimento. Além disso, medidas socioeducativas restritivas e diversas formas de confinamento, incluindo a semiliberdade, a internação provisória e condenatória e o trabalho protegido, contribuem para o quadro abrangente dos serviços especiais de alta complexidade (Brasil, 2004).

Para enfrentar a violação de direitos, é imperativo que crianças e adolescentes que sofreram violência sexual recebam apoio especializado através de serviços de proteção social. Quando os agressores são afastados, as vítimas recebem assistência por meio de proteção social especializada de nível médio, oferecida principalmente no CREAS. Contudo, se a vítima necessitar de cuidados institucionais, receberá tratamento em serviços especializados de proteção social de elevada complexidade.

É importante ressaltar que o acesso aos serviços de proteção social de média e alta complexidade não é limitado, pois muitas vítimas em acolhimento institucional também se

beneficiam de serviços como o CREAS. É crucial denunciar prontamente quaisquer atos cometidos contra crianças e adolescentes às autoridades competentes para iniciar processos judiciais (Hohendorff *et al.*, 2015).

Sob esta linha de raciocínio, quando se trata de iniciativas voltadas para a juventude, Rua (1998) fornece uma definição perspicaz de políticas públicas. A autora sugere que as políticas públicas abranjam uma série de decisões e ações destinadas a abordar questões políticas, em vez de se concentrarem apenas na situação atual. Assim, o momento em que uma questão se torna um problema político e entra no discurso público é quando começa a ganhar atenção.

Embora seja amplamente reconhecido que o Estado desempenha um papel significativo na definição de políticas públicas, Schneider (2005) argumenta que o consenso entre os estudiosos que estudam redes de políticas públicas é que a formulação dessas políticas não pode ser atribuída apenas ao Estado como um Estado único e unificado. Ao invés disso, é o resultado da colaboração e interação entre vários intervenientes.

Isso porque, as políticas públicas servem como meio de abordar e combater o abuso sexual e físico na sociedade, envolvendo ações governamentais e não governamentais. No entanto, é importante notar que as organizações responsáveis pela proteção dos cidadãos e das crianças contra a violência nem sempre podem cumprir eficazmente as suas funções (Schneider, 2005).

Como sublinham Verardo, Reis e Vieira (1999, p. 32), existem casos em que indivíduos e grupos se recusam a reconhecer a sua responsabilidade para com as crianças e adolescentes. Apesar da existência de leis que garantem os seus direitos fundamentais definidos pelo ECA. Diante dessa questão, muitas vezes os profissionais adotam uma postura defensiva, utilizando a ética e o sigilo profissional como escudo para negar ou minimizar o impacto da violência.

Como resultado, as intervenções e medidas de prevenção contra a violência sexual revelam-se ineficazes nas políticas públicas. Infelizmente, o silêncio das vítimas,

impulsionado pelas ameaças do agressor, juntamente com a cumplicidade dos envolvidos e dos profissionais que prestam o cuidado, contribuem para esta ineficácia. (Brasil, 1990).

No âmbito da atenção à criança e ao adolescente, é imprescindível que a atenção especializada seja considerada princípio fundamental das políticas públicas. Isso implica implementar medidas integrais que abranjam a proteção, o tratamento e a prevenção da violência sexual doméstica contra crianças e adolescentes (Brasil, 1990).

Como afirma Nogueira (2009, p. 46), é crucial que o apoio prestado pelo Estado e pela sociedade, tanto às vítimas como aos perpetradores destes atos hediondos, não seja reduzido a um favor transacional ou limitado a ações esporádicas, desconexas e emergenciais. Em vez disso, deveria servir principalmente como um meio de defesa dos direitos dos jovens no âmbito das políticas públicas.

É essencial que os serviços públicos não apenas intervenham após casos de abuso sexual, mas também tomem medidas proativas para evitar que tais abusos aconteçam. Esta prevenção deve ser considerada um direito fundamental de todos os membros da sociedade, no qual devem ser reportadas, as preocupações às autoridades competentes, como a Delegacia da Criança e do Adolescente, os Conselhos Tutelares, o CRAS e outras entidades relevantes, garantindo que as ações necessárias sejam tomadas (Nascimento; Costa-Andrade, 2020).

Destarte, para evitar casos adicionais de abuso sexual, é crucial abordar e resolver potenciais problemas futuros. Embora, um fator significativo na implementação de políticas públicas eficazes, seja a relutância das vítimas e das suas famílias em falar abertamente, o que muitas vezes permite que os perpetradores escapem à punição pelas suas ações. Após, para combater isto, é essencial aumentar a consciencialização sobre a prevenção do abuso, garantindo que a sociedade permaneça vigilante e receptiva às iniciativas de prevenção.

4. INEFICIÊNCIA DO PAPEL DO ESTADO QUANTO À PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE ABUSO SEXUAL

A questão da violência sexual infantil persiste como um problema profundamente preocupante e generalizado no nosso país. É um dos desafios mais significativos que enfrentamos hoje. No Brasil, a questão da violência sexual infantil abrange indivíduos de todas as raças, classes sociais e níveis de escolaridade. Em outubro de 2021, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) divulgou as estatísticas coletadas no serviço disque 100, que forneceram insights sobre a situação no Brasil (Agência Brasil, 2021).

Entre janeiro e setembro deste ano, foram registradas 119,8 mil denúncias de violações aos direitos de crianças e adolescentes. Adicionalmente, constatou-se que, segundo a Agência Brasil (2021), mais de 70% das agressões ocorrem em ambientes fechados, estando a maioria das vítimas na faixa etária de 0 a 11 anos. Este volume significativo de casos notificados serve como evidência de que a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente tem se mostrado ineficaz, especialmente na aplicação prática (Agência Brasil, 2021).

Conforme dados do Instituto de Investigação Econômica Aplicada, o abuso sexual é a segunda forma de violência mais prevalente sofrida por crianças entre os 0 e os 9 anos, segundo a Saúde. Em outra pesquisa realizada pelo IPEA em 2014, dos 527 mil casos de estupro ocorridos no país, apenas 10% foram efetivamente denunciados à polícia. Dentre as notificações ficou constatado que a maioria das vítimas de abuso sexual eram crianças e adolescentes, sendo que o sexo feminino representava 80,9% das vítimas, enquanto o sexo masculino representava apenas 19,1% (Waiselfisz, 2012).

Surpreendentemente, os números fornecidos pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) nem chegam perto de refletir a verdadeira extensão desses incidentes. Diante disso, um dos desafios mais significativos que a sociedade e o Estado enfrentam é a prevalência do abuso sexual contra crianças e adolescentes, especialmente dentro de suas próprias casas. Esta questão exige uma resposta coletiva não só das autoridades, mas também de toda a comunidade (Veloso *et al.*, 2013).

Normalmente, o abuso sexual começa entre os 6 e os 12 anos de idade, realçando a urgência de abordar este problema. A ocorrência de abuso é mais prevalente entre as idades de 8 e 12 anos, com uma percentagem significativa de mães de vítimas de incesto tendo elas próprias sido vítimas de vitimização. Aproximadamente 9% das mulheres foram vitimadas sexualmente por parentes e 5% estiveram envolvidas em incesto entre pai e filha. É importante ressaltar que os indivíduos com transtornos psiquiátricos constituem uma minoria dos agressores sexuais de crianças e adolescentes. A maioria dos casos de abuso ocorre no âmbito familiar (29%) ou envolve autores conhecidos das vítimas (60%) (SINDSÁUDE-SP, 2021).

Apesar do progresso nas instituições e da crescente atenção da mídia sobre o assunto, o Judiciário não consegue fazer cumprir efetivamente a lei, tornando-a sem sentido. O simples reconhecimento da violência sexual como crime é insuficiente para abordar a questão; é necessária uma abordagem mais abrangente. É imperativo encarar esta forma de violência não apenas através de lentes jurídicas, mas também considerar perspectivas de outros campos do conhecimento (Ribeiro, 2022).

A ineficácia do Estado na salvaguarda do bem-estar das crianças e adolescentes é evidente pelo número crescente de denúncias de abuso sexual. A falta de ação do governo perpetua o sofrimento das vítimas, deixando uma quantidade significativa de trabalho a ser feito para abordar o abuso sexual como uma questão urgente de preocupação nacional em âmbito nacional (Ribeiro, 2022).

Atualmente, existe uma restrição na recolha e distribuição de dados relativos ao abuso infantil. Estes índices apresentados nesta secção não refletem com precisão os dados reais e, além disso, faltam iniciativas de prevenção dirigidas a potenciais abusadores. Isto demonstra uma falha significativa por parte do Estado, contrariando o papel explícito que lhe é atribuído pela CF na abordagem desta questão (Brasil, 1988).

Sendo assim, o ECA juntamente com a CF/1988, a família e a sociedade precisam intervir de forma imediata em favor da criança e do adolescente, oferecendo assistência e promovendo políticas públicas para a sua segurança e desenvolvimento. É necessário que

haja intervenção estatal para combater esse crime de forma efetiva e eficiente. Para tanto, a CF/1988, é dever do Estado proteger crianças e adolescentes e garantir sua integridade física e moral (Brasil, 1988; Brasil, 1990).

4.1. Epidemiologia de mulheres agredidas sexualmente: desvalorização do sexo feminino

A literatura apoia a noção de que as mulheres sofrem uma maior incidência de abuso sexual infantil, uma conclusão que é consistente com a prevalência de notificações no sexo feminino. À semelhança de pesquisas anteriores, este estudo revelou que os rapazes têm maior probabilidade de serem vitimados numa idade mais jovem, potencialmente devido à sua falta de desenvolvimento físico e capacidade de resistência (Silva *et al.*, 2013).

Por outro lado, elas tendem a sofrer abusos numa fase mais avançada da vida, uma tendência que também foi observada neste estudo específico. Veloso *et al.*, (2013) destaca em seu estudo que, na América do Sul, a OMS relata que uma em cada três mulheres sofre violência. Os principais perpetradores da violência física, sexual e emocional são os parceiros. Embora a violência sexual também afete os homens, é mais prevalente entre as mulheres jovens e adolescentes, com taxas que variam entre 20% e 83,2%.

Esta forma de violência tem consequências imediatas e a longo prazo para a saúde das mulheres, afetando o seu bem-estar físico e mental. Também aumenta os riscos de gravidez e de contrair ISTs. Para garantir que as mulheres tenham acesso fácil aos espaços de cuidados, é crucial aumentar a conscientização sobre a sua existência e abordar quaisquer questões relacionadas com atrasos nos cuidados ou encaminhamentos inadequados (Sales; Vitorino, 2016).

Além disso, é de extrema importância o funcionamento eficaz dos serviços públicos que atendem mulheres vítimas de violência sexual, uma vez que esses serviços oferecem atendimento especializado. Neste interim, a prevalência de notificações envolvendo principalmente vítimas do sexo feminino pode ser parcialmente atribuída à subnotificação

de ISA em homens, que decorre do preconceito em torno da identidade sexual após o abuso (Delziovo *et al.*, 2018).

Em estudo realizado por Gilbert *et al.* (2009), foi revelado que de 5,0-10,0% das meninas e 5,0% dos meninos apresentam ISTs decorrentes de penetração durante a infância. Mohler-Kuo *et al.*, (2014) também constataram que 2,5% das vítimas do sexo feminino e 0,6% das vítimas do sexo masculino relataram ISTs envolvendo contato e penetração. Ao contrário dos resultados deste estudo, a prevalência de penetração foi muito menor, com apenas 56,1% das vítimas do sexo feminino e 72,5% das vítimas do sexo masculino sofrendo alguma forma de penetração dos 285 casos avaliados.

No que concerne ao perfil das vítimas femininas revelou um aumento alarmante da violência, especialmente durante a pandemia, em linha com estudos anteriores. Além disso, houve um aumento notável nos casos de violência recorrente e danos auto infligidos. Isto é, as faixas etárias mais afetadas pelo abuso sexual infantil foram os indivíduos com idades entre 20 e 34 anos, bem como crianças com idades entre 1 e 4 anos. Nossa estudo está alinhado com a literatura existente, que indica que as mulheres também sofrem uma maior incidência de violência física e sexual (Martins; Mello-Jorge, 2012).

Essas descobertas demonstram inequivocamente a ocorrência generalizada de abuso sexual infantil em todas as sociedades sob investigação. Outrossim, uma meta-análise internacional de vários estudos estimou a prevalência média de 20,0% para mulheres e 8,0% para homens. As discrepâncias nestas taxas provavelmente decorrem de variações nas definições de abuso sexual infantil, incluindo especificações de faixa etária e variações metodológicas entre estudos (Laaksonen, 2011).

Neste viés, o abuso sexual infantil é considerado importante fator de risco para vários problemas de saúde na infância e na vida adulta, que impactam sobremaneira a saúde física e principalmente psicológica das vítimas. Desse modo, estimar a prevalência de abuso sexual infantil é fundamental para determinar a extensão do problema e possíveis intervenções, sendo a organização da notificação desse agravo imprescindível para uma atenção integral às pessoas em situação de violência (Platt *et al.*, 2018).

5. A PROTEÇÃO LEGISLATIVA E/OU MEDIDAS DE PROTEÇÃO DADAS A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE VITIMAS DE CRIMES SEXUAIS – PUNIÇÃO AO AGRESSOR

Para uma luta eficaz contra os crimes sexuais, estes crimes também devem ser bem prevenidos. Muitos destes crimes não são denunciados e há vários fatores que contribuem para isso, incluindo atrasos por parte dos intervenientes competentes e o medo das “consequências da denúncia”.

Durante muito tempo, crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos, substituindo por completo as irregularidades da legislação brasileira. Neste sentido, o ponto de partida para a proteção jurídica desta comunidade foi a CF/1988. À partir desse momento foi reconhecida sua vulnerabilidade e necessidade de apoio do Estado e dos responsáveis.

Neste viés, foram introduzidas expressamente, a previsão de penas severas, contra quem cometeu crimes sexuais contra crianças e adolescentes, nos termos da CF/1988, em específico o art. 227. A garantia dada por este documento, fez surgir a necessidade de uma legislação especial para proteger integralmente as crianças e os jovens, que surgiu com a Lei Federal nº 8.069/90, o ECA (Ferreira; Cortês; Gontijo, 2019).

A justiça criminal contra o agressor é também um meio de garantir que as pessoas que cometem tais crimes não os cometerão novamente e de alertar que ninguém os cometerá. Contudo, isso só acontecerá se todos os agentes envolvidos cumprirem o seu papel com competência e rapidez (Marques *et al.*, 2023).

Segundo Motti (2019), os fatores dominantes a ter em conta para combater e prevenir estes crimes são: o reconhecimento da legislação e das estruturas dos sistemas de segurança e justiça quanto à importância deste tema, a importância destes novos cenários e a necessidade de formulação de políticas públicas que garantam os direitos humanos.

A demora na punição do agressor significa que, mesmo depois de apresentada a denúncia, as crianças e os jovens continuam a ser alvo de crimes sexuais. Para Valente

(2022), o Tribunal Estadual leva em média 4 anos e 4 meses para proferir uma sentença em um processo de primeira instância.

Por este motivo, para uma prevenção e punição eficazes, é necessária a transferência de informações entre instituições que combatem os crimes contra a dignidade sexual, de modo a garantir o bom funcionamento de todo o grupo. Estas instituições são: o Conselho Tutelar, o Ministério Público, o Tribunal de Justiça, os serviços do poder executivo, sejam de assistência social ou de política de saúde, bem como a própria Polícia (Farias, 2021).

A lentidão do sistema de justiça também coloca crianças e jovens em situação perigosa, pois o tempo para se chegar a um veredito também é muito longo, demorando meses, e essa demora também pode fazer com que a criança ou adolescente continue a sofrer violência, mesmo depois de serem notificados de sua situação (Marques *et al.*, 2023).

Subsiste a questão da falta de confiança no sistema de justiça, o que leva à falta de confiança na capacidade do sistema de justiça para resolver o conflito, o que também leva a mais uma situação que desencoraja a vítima de apresentar queixa. Afinal, como diz Gobbi (2017), a descrença na lei e na justiça abre a porta para a barbárie.

Tendo isso em mente, é fácil perceber que essa descrença não é algo recorrente e pode ser um obstáculo e um desânimo para muitas pessoas que entram pelas portas da justiça para tentar reivindicar os seus direitos. Segundo Pereira (2020), essa descrença é claramente visível em diversos relatos de pessoas que tentam fazer valer seus direitos, mas ao entrarem pelas portas da justiça são bloqueadas pela burocracia e também pela lentidão.

Outrossim, há vários episódios em que textos jurídicos claros são questionados mostram um verdadeiro enfraquecimento do sentimento constitucional. Como solução para este lento processo de crimes sexuais contra crianças e jovens, deve ser introduzida a possibilidade de priorizar estes casos no processo de julgamento para acelerar os julgamentos deste crime (Lobato, 2019).

5.1 Do âmbito da CF/1988

Inicialmente, assim como a Declaração de Direitos Brasileira, a CF/1988 não poderia deixar de proteger expressamente as crianças e os jovens. Este público recebe atenção fundamental e são dotados de garantias constitucionais, de acordo com o princípio da dignidade humana, porque sua vulnerabilidade implica uma situação de inadequação em relação a outras protegidas pelo Estado (Santos; Baqueiro, 2021).

Conforme dito anteriormente, o conteúdo do art.227 da Carta Magna garante às crianças, adolescentes e jovens o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à recreação, profissionalismo, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, bem como proteção contra todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988),

No inciso II, do art. 23, do mesmo diploma legal, esse define a competência conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, proteção e garantia às crianças e adolescentes. Desse modo, nota-se que o legislativo lança um olhar atento para esta sociedade, afirmando que estão assegurados todos os seus direitos e privilégios necessários ao seu desenvolvimento, seja ele pessoal e/ou social (Brasil, 1988).

Dito isso, a CF/1988, como lei básica na criação de toda lei, cria um parâmetro para a proteção do Estado, seja na esfera familiar, escolar, social e/ou moral, retirando sua natureza de “objeto” no meio social e tornando-os sujeitos de direito, com base, entre outros, sobre os princípios do interesse superior e da prioridade absoluta da criança (Teles; Guida, 2024).

Mais especificamente, a Carta Maior, em seu §4º salienta que “prevê punição mais severa ao agressor em relação ao uso de violência, abuso sexual de crianças e adolescentes, abrindo precedentes para outros diplomas legais” e no §5º expõe que “o acolhimento será assistido pelo Poder Público, nos termos de lei que determinará os casos e condições de sua implementação por estrangeiros” (Brasil, 1988).

Portanto, ambos os incisos citados no art. 227, elenca todos os direitos fundamentais das crianças e dos jovens, principalmente à punição do agressor, além de visar proteger esses direitos, garantindo a sua proteção, e ao mesmo tempo impõe ao Estado e à sociedade a obrigação de garantir esses direitos, pois estão em fase de desenvolvimento e não têm condições de garantir sozinhos os seus direitos (Sousa; Alves, Cronemberger, 2023).

5.2 Do âmbito do ECA

A CF/1988 tratava crianças, adolescentes e jovens de forma diferente do "Código de Menores", que, apesar de ser a primeira legislação brasileira voltada para "menores",⁶¹ tratava os menores de 18 anos como um "problema" para a sociedade. Isto aplicava-se àquelas crianças que se encontravam em situação irregular e cuja legislação foi estabelecida exclusivamente para proteger a sociedade das ações dessas crianças, o que só ocorria depois de terem cometido um delito (Santos; Baqueiro, 2021).

Confirmado as garantias previstas na CF/88, foi posteriormente adotado o ECA. A finalidade da norma era proporcionar proteção integral às crianças e adolescentes. Nesta fase, o Brasil, apoiando-se no art. 227 da CF e nos termos da referida convenção, decidiu-se, por meio da Lei nº 8.069/90 - instituir o ECA, ressignificando completamente o pensamento da criança às regulamentações anteriores, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais a que tem direito a pessoa humana – conforme disposto no art. 3º do ECA (Brasil, 1988; Brasil, 1990).

O ECA, surge então como a força normativa da Convenção no Brasil, sob a qual o país se compromete a ratificar seus termos em seus estados. Em seu art. 5º, reforça: à proibição de todas as práticas prejudiciais às crianças e jovens, seja negligência,

⁶¹ Anteriormente, a criança e adolescente menor de 18 (dezoito) anos eram tratados por essa terminologia, o que se concluiu posteriormente, com a promulgação do ECA. Isso porque trata-se de um termo pejorativo, tendo em vista que, esses passaram a serem sujeitos de direitos e deveres perante o Estado.

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, seja por ação ou omissão (Brasil, 1990).

Este afirma detalhadamente que:

Art. 5º - nenhuma criança ou adolescente será exposta a qualquer forma de abandono, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão passível de punição por lei por qualquer ataque aos seus direitos fundamentais, seja por ação ou omissão (Brasil, 1990).

Logo, o ECA prevê proteção contra crimes sexuais nos seus artigos 130 e 240 a 241. É importante ressaltar que até a criação do ECA, não existia nenhuma lei que regulamentasse especificamente esse tipo de crime, e, portanto, esta lei passou a fazer parte de uma virada histórica para a legislação brasileira, confirmando a garantia dos direitos fundamentais inerentes à a pessoa (Oberto, 2022).

Nesse sentido, a proteção da infância e da adolescência é entendida como fundamental para o desenvolvimento da autonomia e da personalidade do indivíduo (Pereira, 2008). Com base na necessidade de proteção de crianças e jovens, em conformidade com a Doutrina da Proteção Integral, uma das mais importantes modalidades de garantia dos direitos das crianças e jovens é a referência ao art. 130 do ECA (Brasil, 1990).

Esse documento menciona que, caso seja confirmada a hipótese de maus-tratos, opressão e/ou abuso sexual sofrida pela criança e alegada pelos pais ou responsáveis, a autoridade judiciária poderá vir a determinar, preventivamente, a expulsão do agressor do lugar comum de residência.

Nessa perspectiva, tomando como objeto de pesquisa a expulsão do agressor de casa em decorrência de denúncia de violência sexual contra criança ou adolescente, acompanhada pelo Centro de Referência de Proteção Integral a Crianças e Jovens em Situação de Violência Sexual (Cerevs) do Tribunal da Infância e da Juventude do Distrito Federal (VIJ) (Oberto, 2022).

A finalidade é considerar a medida protetiva prevista no art. 130 do ECA, tendo como pano de fundo uma análise das dinâmicas familiares e dos dilemas relacionados à

expulsão do lar e sua relação com a garantia de direitos e a superação da impunidade, observando como o processo judicial reflete as questões psicossociais de determinada família. Pode-se concluir que nas situações em que o agressor é uma pessoa muito próxima da vítima (Cohen, 2005).

Como acontece na maioria dos casos de abuso sexual, o afastamento do agressor é muito importante e decisivo para pôr fim à violência que pode ocorrer, o que é repetido diariamente. Neste sentido, a necessidade desta medida não é objeto de discussão, pelo contrário, deverá ser adotada sempre que o chamado *fumus bonis juros e periculum in mora* (a fumaça do bom direito e o perigo do atraso, respectivamente) (Faleiros; Faleiros, 2008).

Todavia, como é possível restaurar a proteção que já foi prejudicada pela violência, uma vez retirado o agressor da casa partilhada? É perigoso pensar que a proteção da vítima pode se reduzir ao não contato com o agressor, principalmente quando ele desempenha outros papéis na vida dela (Silva; Costa, 2012).

Portanto, há que conciliar duas questões: a responsabilidade do agressor e a proteção da vítima, assumindo que a ocorrência de uma não garante a eficácia da outra. Vale a pena notar que o aparato de responsabilização legal visa reduzir a dicotomia entre os aspectos públicos e privados do abuso sexual (Silva; Costa, 2012).

No entanto, estas considerações requerem a compreensão de que este preconceito jurídico deixa lacunas na preservação do discurso que desqualificam as reivindicações legítimas das vítimas. Sabemos que em muitos casos as vítimas nem sequer apresentam queixa devido a manipulações que impedem a divulgação dos factos ou a punição e tratamento do agressor (Darlan, 2009).

Neste sentido, as tentativas de invalidar um ato de violência face aos mecanismos de responsabilização legal são igualmente incompatíveis com a não inclusão do agressor na perspectiva de enfrentamento do problema, assim como a não extinção do processo penal não significa que esta questão deva ser compreendida de forma sistêmica e de acordo com o ECA (Brasil, 1990).

Por sua vez, a abordagem do tema agressor na discussão sobre os direitos das crianças e jovens ganha força, independentemente de como seja no início. No Brasil, surgiu recentemente a perspectiva de inclusão do ator socialmente condenado - o que nem sempre acontece no contexto da punição legal - como um tema importante, tanto do ponto de vista do apoio psicológico à vítima (Cohen, 2005).

Isso se dá (seja através da afirmação da necessidade de afastamento da vítima, quer através da participação ativa no processo de (re) adaptação à vida social, que não permite tais atos), quer pela garantia do direito à plena defesa e eventual tratamento, se este for considerado o perpetrador como uma pessoa com transtornos mentais ou transtornos de personalidade (Faleiros; Faleiros, 2008).

Na sequência, o art. 240, comenta sobre o abuso sexual em forma de cenas gravadas ou documentadas, como também, as situações em que a pena do agressor se agrava, como é texto da integra que explica que, no caso disso acontecer, há as seguintes punições:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou gravar de qualquer forma cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa. § 1º Quem organizar, facilitar, recrutar, forçar ou de qualquer forma intermediar a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou mesmo que com ele comparecer, estará sujeito à mesma pena. § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o agente cometer crime: I - enquanto exercer cargo ou função pública ou sob o pretexto de exercê-lo; II – dependência de relações domésticas, concubinato ou hospitalidade; ou III - consanguinidade ou consanguinidade até o terceiro grau ou por adoção de tutor, curador, tutor, empregador ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade sobre o lesado em qualquer outra qualidade, ou com seu consentimento (Brasil, 1990).

Na sequência, o art. 241-A na sequência, o ato de propagar conteúdos de sexo explícito ou pornográfico vem sendo utilizado através dela:

Pena – reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa. §1º A mesma pena será imposta a quem: I - fornece meios ou serviços para armazenamento de fotografias, cenas ou imagens referidas no título deste artigo; II - proporcionar, por qualquer forma, acesso, via rede de computadores, às fotografias, cenas ou imagens referidas no título deste artigo. § 2º As condutas previstas nos incisos I e II § 1º deste artigo são puníveis se o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, não impedir o acesso ao conteúdo ilegal de que trata o *caput* deste artigo (Brasil, 1990).

Na sequência, o art. 241-B do ECA, obter a posse ou armazenamento de qualquer conteúdo, contendo senas sexuais explícitas ou pornográficas com criança ou adolescente, assegura a punição do agente autor desse tipo de conduta, ou seja:

Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. § 1º: A multa é reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se o material referido no caput deste artigo for de pequena quantidade. § 2º Não há infração se a posse ou armazenamento tiver a finalidade de notificar às autoridades competentes a ocorrência da conduta prevista no art. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei. Caso a comunicação ocorrer por meio de: I – entidade pública no desempenho de suas funções; II – membro de entidade legalmente constituída que tenha por finalidade institucional receber, processar e transmitir informações sobre os crimes de que trata este parágrafo; III - representante legal e funcionários responsáveis do provedor de acesso ou serviço prestado via rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notificação apresentada à Polícia, ao Ministério Público ou ao Tribunal. § 3º: As pessoas referidas no § 2º deste artigo ficam obrigadas a manter sigilo sobre os referidos materiais ilegais (Brasil, 1990).

Embora seja uma simulação, diante da montagem de qualquer editor de benefício tecnológico, na qual se altere, expondo à figura de criança ou adolescente, a lei assegura a proteção nestes casos também no art. 241-C do ECA. Conforme o documento há:

Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e Pena. Parágrafo único. Quem vender, colocar à venda, disponibilizar, divulgar, publicar ou difundir por qualquer forma, adquirir, possuir ou deter qualquer material produzido de acordo com o disposto neste Artigo estará sujeito às mesmas penas (Brasil, 1990).

Por ora, o art. 241-D, aborda sobre aliciamento, assédio, estímulo ou constrangimento da criança ou adolescente, não importando a forma de comunicação, sendo pessoalmente, pelo telefone ou internet, havendo a pena de:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Parágrafo único. A mesma pena será imposta a quem: I - facilite ou induza crianças a acessar material que contenha cenas de sexo explícito ou pornográfico, a fim de praticar com elas atos obscenos; II - praticar as condutas descritas no caput deste artigo, que tenham por objetivo induzir crianças a se exibirem de forma pornográfica ou sexualmente explícita (Brasil, 1990).

Posteriormente, o art. 241-E trata de uma norma explicativa dos crimes previstos nos arts. 240, 241 e seus textos A até D do Eca. Desse modo, o art. 241-E disserta que.

Para fins dos delitos previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfico” compreende qualquer situação em que criança ou adolescente pratique atividade sexual explícita, real ou simulada, ou exiba os órgãos sexuais de criança ou adolescente para o objetivo principal da atividade sexual (Brasil, 1990).

Finalmente, cabe salientar que o ECA assegura, com absoluta prioridade, a concretização dos direitos fundamentais das crianças no que diz respeito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao desporto, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, não se pode negar que o ECA introduziu inovações em relação aos crimes sexuais cometidos contra crianças e jovens, seja através de exploração, violência, prostituição, e percorrendo até crimes pornográficos, principalmente no que diz respeito à punição ao agressor.

5.3. Do âmbito do Código Penal

O Código Penal Brasileiro, Lei nº 3.914, originado em 9 de dezembro de 1941, foi instituído para punir quem comete crimes, ou seja, para proteger bens legítimos não previstos em outros códigos. Como diz Nucci (2020), "é um conjunto de normas jurídicas que visa determinar os limites dos poderes punitivos do Estado, determinando as infrações penais e as sanções correspondentes, e as regras relativas à sua aplicação.

Embora a sua definição se concentre nas limitações dos poderes punitivos, implicando uma aposta no direito penal democrático, não se deve esquecer que constitui o ramo mais restritivo da lei, que prevê as sanções mais severas possíveis para os seres humanos, como a privação de liberdade (Nucci, 2020).

Em outras palavras, o direito penal é projetado para punir os infratores e, assim, prevenir a ocorrência de crimes. Isto é, os crimes contra a dignidade sexual das crianças eram comuns no passado, mas são menos comuns agora. Para tanto, quem comete tais atos não deve ficar impune, por isso, com a criação de leis penais, esses indivíduos ficam ainda mais temerosos de abusar de seu poder (Bittencourt, 2021).

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, fez algumas alterações CP, alterando o Título VI de "crime de violação aduaneira" para "crime de violação da dignidade sexual"

para que a dignidade sexual de uma pessoa possa ser protegida ao máximo. Antes desta lei, a violação de uma criança era tratada da mesma forma que a violação de um adulto, mas sob esta lei. Nesta linha de raciocínio, a seção 217-A foi criada para visar especificamente a violação de pessoas vulneráveis.

Igualmente, o Capítulo II, do CP do Brasil cobre crimes sexuais contra grupos vulneráveis. Neste capítulo, fica enfatizado que pessoas vulneráveis são aqueles com faixa etária inferior aos 14 anos, aqueles com doenças médicas ou mentais e aqueles que não podem prestar ajuda (Brasil, 1941).

Dado o exposto, os crimes cometidos por pedófilos contra crianças no CP são: estupro de vulnerável previsto no art. 217 – A; indução de menor a satisfazer a lascívia de outrem previsto no art. 218; satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente ou adolescente previsto no art. 218 – A e; exploração sexual previsto no artigo 218 – B (Brasil, 1941).

5.3.1 *Estupro de vulnerável*

Nesta linha de raciocínio, o crime de estupro de vulnerável está previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, que salienta que:

Art. 217-A. Ter relação sexual ou praticar outro ato obsceno com menor de 14 (quatorze) anos: Pena – reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. §1º A mesma pena será imposta a quem praticar os atos previstos no caput com pessoa que, por doença ou deficiência mental, não tenha a compreensão necessária para praticar o ato ou por outros motivos não possa resistir; §2º (VETADO); §3º Se do ato resultar lesão corporal grave: Pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; §4º Se o ato resultar em morte: Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos; §5º Penalidades previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste art (Brasil, 1941).

Ainda conforme o mesmo documento, estupro não é apenas relação carnal, ou seja, não é apenas o ato sexual, mas também qualquer outro ato lascivo como beijo, sexo oral, masturbação ou qualquer outro gesto em que um pedófilo se satisfaz explorando uma criança. Dentro do CP, estupro de pessoa indefesa é o crime mais comum cometido pelos

pedófilos, pois na maioria dos casos eles não se contentam apenas com fotos ou vídeos, ou com a mera presença da criança, mas recorrem à violência física e física (Brasil, 1941).

Este crime não depende do consentimento da vítima, pois um menor de 14 anos não consegue compreender os factos, por isso mesmo que quisesse é considerado crime. Isso acontece muitas vezes porque alguns pedófilos fazem de tudo para conseguir suas vítimas porque são pessoas inocentes, usam presentes, carinho, tratam-nas por diversão e, assim, eles conseguem o que querem.

Normalmente, esses pedófilos atacam pessoas próximas, desde os próprios amigos, pois assim teoricamente se tornam uma vítima mais fácil, porque a criança já conhece e confia nessa pessoa, sem nem imaginar do que ela é capaz, e muitas vezes falta coragem a essas crianças comunicar com alguém sobre a violência que sofreram por medo de que ninguém acreditasse neles, principalmente porque o agressor era alguém que conheciam (Cunha, 2022).

Dessa maneira, estuprar um vulnerável é o crime mais cometido pelos pedófilos porque é o crime mais denunciado e o mais preso por esse fato, porém há muito mais casos do que os mostrados porque ainda há muitos outros que não foram comprovados porque é muitas vezes difícil de provar e baseia-se apenas na palavra da vítima contra a palavra do agressor, todavia, muitas crianças não têm coragem de denunciar ou falar sobre o que aconteceu a outras pessoas (Cunha, 2022).

5.3.2 Corrupção de menores

O crime de corrupção de menores está abrangido pelo art.218º do CP, do seguinte modo:

art.218: tornar alguém menor de 14 (quinze) anos de idade, como satisfação de desejo alheio: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Este é o crime dos adultos que fazem com que menores de 14 anos se envolvam em atividades que lhes agradam, que é a realização de seus desejos sexuais (Brasil, 1941).

Nucci (2019) descreve a sensação de amor como sendo semelhante ao "desejo sexual; a liberação do prazer sexual; a saída para o amor". Por outro lado, Bittencourt (2021) explica que, a sensação de lascívia é semelhante ao uso de "práticas contemplativas do sexo" para satisfazer as necessidades do outro.

Logo, a frequência de corrupção entre menores é menos corriqueiro entre pedófilos do que a frequência de estupro entre indivíduos vulneráveis, porém, muitos ainda cometem esse crime, pois gostam da sensação, assim, fazem com que as crianças se envolvam em ações, como, por exemplo, despir-se, tocar-se, dançar e outras atividades, na frente deles e, como resultado, sentem-se atraídos e satisfeitos (Bittencourt, 2021).

5.3.3 *Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*

Este delito está previsto no art. 218 - A do CP, que traz que:

art. 218-A. Pratique exercícios na presença de alguém com menos de 14 anos. (quatorze) anos de idade ou fazer com que ele testemunhe um relacionamento carnal ou outro ato obsceno com o propósito de satisfazer sua própria luxúria ou de outrem. Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (Brasil, 1941).

Neste viés, a satisfação do desejo é a satisfação sexual de uma pessoa, porém neste crime o agressor fica satisfeito apenas na presença da criança, ou seja, quando uma pessoa força um menor de 14 anos a testemunhar relações sexuais ou outro ato obsceno (Berti, 2021).

Assim, o delito previsto só é típico quando a utilização de uma criança é objeto de desejo sexual, pelo que a mera presença da criança não o constitui crime, pois pode ocorrer sem intenção, pois a criança não atendeu ao desejo sexual e esteve presente apenas durante o relacionamento (Pires, 2022).

Por quanto, levando isso em consideração, é mais comum que esse crime seja cometido por pedófilos do que por outras pessoas que não possuem essa parafilia, pois serão eles que terão prazer com a mera presença dessas crianças nesses locais enquanto elas são satisfazer de uma maneira diferente (Santos; Baqueiro, 2021).

CONCLUSÃO

A violência sexual é um fenômeno universal, indissociavelmente ligado ao machismo estrutural da sociedade, especialmente da sociedade brasileira, que naturaliza a sexualidade independentemente de sexo, faixa etária ou relacionamento com a vítima. Observa-se que esse fenômeno não resulta de uma condição única, mas sim de um complexo sistema de medo, fragilidade, vergonha, dependência financeira e outros.

Desta forma, todos os fatores em conjunto permitem que o crime continue porque a vítima não tem apoio do Estado para escapar, principalmente do medo e da dependência financeira, que na maioria dos casos determina tal decisão. Nesse cenário, há uma figura negativa de “agressores” responsáveis pela prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, que, aproveitando-se da falta de punição, tornam a criança/adolescente novamente vítima desse crime, o que acarreta novas vítimas.

Para combater de forma eficaz, os crimes sexuais, é extremamente importante trabalhar em conjunto com toda a sociedade para alcançar um cenário menos negativo, uma vez, que estes crimes acarretam ameaças, medo, culpa e vergonha. No entanto, a limitação deste estudo centrou-se nas dificuldades da aplicabilidade da lei, principalmente no que diz respeito à punição do agressor sexual contra crianças e adolescentes.

Pois, embora haja um mecanismo global de proteção às vítimas de violência sexual, as legislações existentes, são parcialmente ineficazes e/ou não conseguem garantir de forma abrangente a proteção necessária que a criança ou o adolescente precisa, uma vez que, pode haver uma atuação mais contundente no que se refere ao suporte psicológico, assistencial e familiar à estes indivíduos tão vulneráveis.

Afinal, a busca por uma possível efetividade penal só se daria em caso de cumprimento com medidas que proporcionem às vítimas uma forma de facilitar a apresentação de queixa, aplicar medidas de proteção adequadas e atribuir ao agressor uma punição mais severa sob a forma de aumento de multa e retirada de garantias processuais, isso só seria válido, se o Estado agir de forma rápida e eficaz.

Para tanto, os resultados indicam que grandes dificuldades em informar as autoridades competentes sobre a violência sexual contra crianças e adolescentes decorrem de motivos diversos, como fatores psicológicos, econômicos e sociais, subordinação ao agressor, violência física, mental e verbal.

Assim sendo, surge introduzir maior rigidez na punição dos agressores, endurecendo as penas para estes crimes, retirando certas garantias processuais como a liberdade condicional e, finalmente, caracterizando estes crimes como crimes fora da lei, eliminando a alternativa de expirar o prazo de prescrição dentro onde a vítima pode apresentar queixa contra o agressor.

JUSTICE SYSTEMS IN SITUATIONS OF INTRAFAMILY CHILD SEXUAL ABUSE

ABSTRACT

In Brazil, the number of children sexually abused in an intra-family situation has been gradually increasing every year, which raises the following question: Why do Brazilian legal systems fail to reduce cases of intra-family child sexual abuse? Thus, the present work had the general objective of presenting what scientific literature says about the ineffectiveness of Justice Systems in reducing cases of intra-family child sexual abuse and the specific objectives of carrying out a brief historical analysis of child sexual violence; present and conceptualize child protection legal systems and discuss the (in)efficiency of legal systems in reducing cases of intra-family child sexual abuse. The methodology used to construct the research was bibliographic, with data collection carried out through the Scientific Electronic Library online (SciELO) and Google Scholar platforms, in addition to websites relevant to the Brazilian justice system. The results showed that Brazilian legal systems are flawed, with regard to the reduction in cases of intra-family child sexual abuse due to the lack of public policies to punish the aggressor, as well as public prevention policies to combat sexual violence and Finally, due to the lack of a standardized procedure when reporting complaints, which leads many institutions to provide discriminatory service.

Keywords: Child. Legal Systems. Sexual Violence

REFERÊNCIAS

ADED, Naura Liane de Oliveira *et al.*, Abuso sexual em crianças e adolescentes: revisão de 100 anos de literatura. Archives of Clinical Psychiatry. 2006.

Agência Brasil. Agressões contra crianças e adolescentes em 2021 somam quase 120 mil. EBC, São Paulo, v.3, 2021.

ALBUQUERQUE, Beatriz. Violações sexuais contra crianças crescem quase 70% no Brasil. Agência Brasil, v.1, São Paulo, 2023.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Violência sexual infantil: aumentaram os casos ou as denúncias? Fórum de Segurança Organizacional, Brasília, v.7, p.204-13, 2023.

ARÍES, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC. 1981.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. Ministério Público de Goiás, Goiânia, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BERTI, Larissa de Oliveira. A prática da pedofilia no direito penal brasileiro e no ECA. 57f. 2021. Monografia (Bacharel em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

BISPO, E *et al.*, Metodologia do PAIR. (Org) In: BISPO, E; LUZ, F; GADELHA, G; PAIVA, L. Material Didático - Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-juvenil no Território Brasileiro: Pair - Conteúdos para capacitação. p.105-123, 2011.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública - arts. 213 a 311-A. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAUN, Suzana. A violência sexual infantil na família: do silêncio à revelação do segredo. Porto Alegre: AGE, 2002.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. Constituição Política do Império do Brazil. 1824. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2024.

BRASIL, Senado Federal. Lei nº 4.513, de 01/12/1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporado o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 1964.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Acesso em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Magnitude do aborto no Brasil. Aspectos Epidemiológicos e Sócio-Culturais. Abortamento Previsto em lei em situações de violência Sexual. Brasília: Ministério da saúde, 2008. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aberto_brasil.pdf. Acesso em 15 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Senado Federal, Brasília, 1990a. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. Decreto nº 99.710/1990b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990b. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. Resolução nº 15, de 15 de outubro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Acesso em: <http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/mds/resolucoes/2004/Resolucao%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf/view>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Ministério dos Direitos humanos e da Cidadania. Disque 100 registra mais de 17,5 mil violações sexuais contra crianças e adolescentes nos quatro primeiros meses de 2023. 2023. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/maio/disque-100-registra-mais-de-17-5-mil-violacoes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes-nos-quatro-primeiros-meses-de-2023>. Acesso em: 16 out. 2023.

CERVO, Amado Luiz; SILVA, Roberto da; BERVIAN, Pedro Alcino. Metodologia científica. 6 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

COHEN, C. O Incesto. In: AZEVEDO, M.A; GUERRA, V.N. de A. Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: volume único. 15 ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

DARLAN, S. A criança chega ao Supremo Tribunal Federal. A voz do cidadão, São Paulo, v.1, set. 2009.

DELSIOVO, Carmem Regina *et al.*, Violência sexual contra a mulher e o atendimento no setor saúde em Santa Catarina – Brasil. Ciência e Saúde Coletiva, v.23, n.5, 2018.

FALCÃO, Valdenivea; FELIZOLA, Milena Brito. Abuso sexual intrafamiliar sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente: quanto quem tem o dever de cuidar não cuida. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza, v.14, n.2, ago/dez. 2022.

FALEIROS, Eva T. Silveira; FALEIROS, Vicente de Paula. Escola que protege: enfrentamento a violência contra crianças e adolescentes. 2 ed. Ministério da Educação: Brasília: 2008.

FARIAS, Gilmar Ferreira de. Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os possíveis riscos de condenação. Centro Universitário UMA, Bom Despacho, v.4, n.11, p.124-152, nov. 2021.

FERREIRA, Cleiciara Lúcia Silva; CÔRTES, Maria Conceição J. Werneck; GONTIJO, Eliane Dias. Promoção do direito das crianças e prevenção de maus tratos infantis. Ciênc saúde coletiva, v.24, n.11, nov. 2019.

FERREIRA, Arthur Arruda Leal; ARAUJO, Saulo de Freitas. Da invenção da Infância à psicologia do desenvolvimento. Psicologia em pesquisa, Juiz de Fora, v.3, n.2, 2009.

FERRARI, Dalka; VECINA, Tereza. O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática. 4 ed. São Paulo: Ágora. 2022.

FLORES, Renato Zamora; CAMINHA, Renato Maiatto. Violência sexual contra crianças e adolescentes: algumas sugestões para facilitar o diagnóstico correto. Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, Porto Alegre, v. 16, n.2, p. 158-167, 1994.

HEYWOOD, Colin. Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente. 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

HOFENDORFF, Jean Von *et al.*, Vítimas de violência sexual no sistema público: panorama e alternativas de atendimento. Psicol cienc prof, v.35, n.1, jan/mar. 2015.

GABEL, Marceline. Crianças vítimas de abuso sexual. 1 ed. São Paulo: Summus Editorial, 1997.

GILBERT, Ruth *et al.*, Burden and consequences of child maltreatment in high-income countries. Lancet, v.3, n.373, p.68-81, jan. 2009.

GOBBI, José Tadeu. A descrença nas leis e no Judiciário é a porta aberta para a barbárie', diz leitor. Uol, São Paulo, 2017.

HONORATO, Isabelle Martins. A evolução histórica dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil e a origem do abuso sexual. Ciências Humanas, v.28, n.128, no. 2023.

LAAKSONEN, Toni *et al.*, Changes in the prevalence of child sexual abuse, its risk factors, and their associations as a function of age cohort in a finnish population sample. *Child Abuse Negl*, v.35, n.7, p.480-90, 2011.

LINS, Theresa Cristina André. *Violência sexual: Justiça e Proteção*. 2006. 76f. Monografia (Bacharel em Psicologia) – Faculdade de Ciências da Saúde, UniCEUB, Brasília, 2006.

LOBATO, Camila Daniella Seabra. A violência sexual contra crianças e adolescentes: (in) eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, v.1, 2019.

MARQUES, Thaís Cristina Freitas, et al. Violência sexual contra crianças e adolescentes e o projeto de lei 8037/2014. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.9, n.1, p. 5843-5856, jan., 2023.

MARTINS, Christine Baccarat de Godoy; MELLO-JORGE, Maria Helena Prado de. Abuso sexual na infância e adolescência: perfil das vítimas e agressores em município do Sul do Brasil. *Texto Contexto Enferm*, v.19, n.2, p.246, 55, 2010.

MOHLER-KUO, Meichun *et al.*, Child sexual abuse revisited: a population-based cross-sectional study among swiss adolescents. *J Adolesc Health*, v.54, n.3, p.304-11, 2014.

MORAES, Raissa Ketlin Cardoso de. Abuso sexual infantil intrafamiliar: do segredo do silêncio ao enfrentamento perante o judiciário. 2021. 56f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Santo Amaro, São Paulo, 2021.

MOTTI, Ângelo. *Violência sexual contra crianças e adolescentes: Marcos Conceituas – Abuso Sexual*. 5 ed. São Paulo: Fundação Demócrito Rocha, 2019.

NASCIMENTO, Fernanda Figueiredo; COSTANDRADE, Pedro Henrique Arazine de Carvalho. *Políticas públicas como forma de prevenir abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes*. Jusbrasil, São Paulo, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente – comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. Grupo GEN, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OBERTO, Paula Baptista. O estatuto da criança e do adolescente com ênfase ao abuso e exploração sexual. Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, Universidade de Cruz Alta, Ijuí, v.5, 2022.

OLIVEIRA, Ione Sampaio. Trajetória histórica do abuso sexual contra criança e adolescente. 2006. 45f. Monografia (Bacharel em Psicologia) – Faculdade de Ciências da Saúde, UniCEUB, Brasília, 2006.

PEREIRA, Aldfran Gonçalves. A distopia entre a eficiência e a ineficácia judicial. *Jus Brasil*, v.1, São Paulo, 2020.

PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato. Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, v.81, n.5, nov, 2005.

PIRES, Karine Martins. Violência sexual intrafamiliar a luz do Código Penal e do ECA: breves considerações acerca das proteções legais. 26f. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

PLATT, Vanessa Borges *et al.*, Violência sexual contra crianças: autores vítimas e consequências. *Cienc saúde colet*, v.23, n.4, abr. 2018.

RAMOS, Marli da Silva. TEODORO, Maurice. A importância da capacitação dos profissionais que trabalham com vítimas de violência na infância e na adolescência. In: HABIGZANG, Luísa et. al. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. 1 ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

RIBEIRO, Luciana Alves. Violência sexual infantil: o papel do estado brasileiro de proteger crianças e adolescentes. 2022. 44f. Monografia (Bacharel em Direito) – Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

ROMARO, Rita Aparecida; CAPITÃO, Cláudio Garcia. As faces da violência: aproximações, pesquisas, reflexões. 3 ed. São Paulo: Votor, 2007.

RUA, Maria das Graças. As políticas públicas e a juventude dos anos 90. In: RUA, Maria das Graças. *Jovens acontecendo na trilha das políticas públicas*. 2 ed. Brasília: CNPD, 1998.

SALES, Antônio Jakeulmo Nunes; VITORINO, Magda Coeli Vitorino. Violência contra crianças no cenário brasileiro. *Ciência e Saúde Coletiva*, v.21, n.3, 2016.

SANTOS, Adrielle Neri da Silva; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes: análise dos casos Joanna Maranhão e Evelyn Regly e a valoração do depoimento da vítima pelo Poder Judiciário. Ucsal, Salvador, v.1, 2021.

SCHNEIDER, Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. Civitas, v.5. n.1, 2005.

SILVA, Eduardo Chaves da; COSTA, Liana Fortunato. Estudo técnico sobre afastamento do agressor do lar no abuso sexual: autor, família e vítima. Psicol teor prat, São Paulo, v.14, n.2, ago. 2012.

SILVA, Maria Carmelita Maia *et al.*, Caracterização dos casos de violência física, psicológica, sexual e negligências notificados em Recife, Pernambuco. Epidemiol Serv Saúde, v.22, n.3, p.403-12, 2012.

SILVA, Edilania Soares da *et al.*, A violência sexual na infância e adolescência: uma análise à luz do princípio da proteção integral. Acta de Estudos Interdisciplinares, Pombal, v.2, n.1, p.15-21, jan/dez. 2020.

SOUSA, Maria da Paz Pereira de; ALVES, Victor Emanuel da Silva; CRONEMBERGER, Izabel Herika G.M. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes: a efetividade punitiva ao agressor (adulto). Ciências Sociais Aplicadas, São Paulo, n.123, jul. 2023.

TELES, Camila Pereira; GUIDA, Maria dos Reis Ribeiro. A violência sexual contra crianças e adolescentes: inefetividade da lei aplicada ao agressor. Ciências Humanas, v.28, n.133, abr. 2024.

VALENTE, Júlia. Quanto tempo demora um processo. Jus Brasil, São Paulo, v.1, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quanto-tempo-demora-um-processo/1374287190>. Acesso em: 21 abr. 2024.

VELOSO, Milene Maria Xavier *et al.*, Notificação da violência como estratégia de vigilância em saúde: perfil de uma metrópole do Brasil. Ciência & Saúde Coletiva, v.18, n.5, p.1263-72, 2013.

VERARDO, Maria Tereza; REIS, Marcia S. Farah; VIEIRA, Rosângela Mendes. Meninas do Porto: mitos e realidade da prostituição infanto-juvenil. 138f. 1999. O Nome da Rosa: São Paulo, 1999.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil. Centro Brasileiro de Estados Latino-Americanos: Brasília, 2012.

TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS COMO FORMA DE SOLUÇÃO NO SISTEMA PRESIDIÁRIO BRASILEIRO

Antônio Jesus Filho⁶²
Gabriel Carvalho de Castro⁶³
Cristiane Ingrid de Souza Bonfim⁶⁴

RESUMO

Este artigo tem por objetivo comprovar que a utilização da terceirização da gestão do sistema presidiário brasileiro pode ser uma solução para conflitos enfrentados no sistema prisional, a exemplo de gastos, superlotações, falta de efetivos programas de ressocialização etc. Deste modo, é apresentado um recorte histórico de como se deu o surgimento dos sistemas presidiários ao longo do tempo, bem como a aplicação das leis de Portugal no Brasil colônia. Assim, é possível montar uma linha cronológica de acontecimentos até a atualidade, de maneira que, foram apresentados brasileiros de presídios que foram terceirizados e apresentaram grandes diferenças em relação aos públicos, administrados pela união. Portanto, é possível concluir que a terceirização, seria uma solução para o colapso vivido no sistema prisional brasileiro, não só em âmbito de administração e população carcerária, mas também em sentido econômico, uma vez que gera receita, invés de gastos.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização dos Presídios. Sistema Carcerário.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro, atualmente, enfrenta problemas no quesito infraestrutura, assim como na administração, que por ser uma extensão do Poder Público, em muitas situações não atende completamente as necessidades dos presos. Consoante, gera uma gama de gastos à União, de maneira que, por não poder disponibilizar uma verba alta, muitas vezes, deixa de construir novos edifícios para o “desafogamento” dos já existentes. Logo, a terceirização apresenta uma forma de solução viável para que o Estado passe a ter receita, invés de gastos, bem como um alívio de necessidades sociais as quais precisa atender como Administrador e fornecedor.

⁶² Estudante de Direito na Faculdade Raízes. E-mail: antoniofilho753@gmail.com

⁶³ Estudante de Direito na Faculdade Raízes. E-mail: castrogabriel2001@gmail.com

⁶⁴ Professora na Faculdade Raízes. E-mail: cristiane.bonfim@docente.faculdaderaizes.edu.br

Deste modo, ao realizar uma Parceria Público-privada (PPP), o Poder Público deixa de ser o atuante e passa a ser fiscalizador, de modo que o ente privado, passa a ter obrigação de favorecer o serviço, consequentemente, a empresa deve possuir a permissão para construção do edifício presidiário, bem como gerir o complexo. Portanto é preciso entender que anterior ao sistema atual, é preciso entender pontos da evolução do sistema penitenciário ao longo da história, desde a antiguidade.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é que seja demonstrado o quanto a privatização pode ser uma solução viável para o sistema prisional brasileiro, pois esta apresenta uma forma de adicionar ao sistema, uma nova gestão, que desenvolva os programas sociais, bem como ofereça trabalho aos presos, fazendo com que estes tenham uma renda e condições de se manterem ao terminar de cumprir pena, pois com o trabalho durante o período da pena gerará uma poupança para o indivíduo se manter até que consiga um emprego.

Logo, a pesquisa se estruturou em três tópicos, onde foi possível estabelecer uma linha do tempo em que se apresentou, o período histórico, onde foram tratados características da pena, bem como, primeiras estruturas de complexos prisionais no mundo, até que se chegue no Brasil. De outro lado, foram apresentados dados em que demonstram a atual situação do sistema prisional no Brasil, de maneira que contém pontos positivos e negativos, assim como lotação de presídios etc.

Deste modo, no terceiro tópico foram apresentados pontos sobre a terceirização, a exemplo, da fiscalização do Estado, da gestão de empresa terceirizada, reavivamento de projetos sociais que se encontram em desuso, formas de gestão modelos de presídios, são citados, em outros países a exemplo da Inglaterra, demonstrando uma forma de realização de atividades que antes eram do setor público, pode ser realizada por meio de terceiros, fazendo com que exista uma maior eficiência e permitindo que crie-se um valor comercial para o Estado, de modo que este passe a obter receita.

Portanto, há autores que discutem a possibilidade ou não da privatização dos presídios no Brasil, ocorre que alguns defendem enquanto outros criticam o sistema.

Aqueles que criticam privatização passam a defender a ideia de que é dever do Estado o oferecimento de complexos prisionais para cumprimento de pena, sem que haja lucro, pois o preso não trabalha. Entretanto, os que defendem a privatização apontam para uma parceria público-privada que faria com que o Estado deixasse de ter gastos e passaria a obter lucro, como agente fiscalizador, assim como ocorre em países, como EUA e Inglaterra. Logo, serão apresentadas teses de Grecco, Maurício, Pedrosa Filho, para apresentar-se um pleno entendimento sobre a pesquisa apresentada.

1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Para melhor compreender a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro faz-se necessário conhecer a história. Assim, desde os tempos antigos percebe-se a adoção de medidas visando a coibição das ofensas jurídicas, devido as necessidades sociais, isto é, o resguardo dos bens públicos, individuais, e a paz no meio popular. Nesse sentido, criou-se sanções que estipularam condutas e atitudes as quais permitiram que se criasse um ordenamento jurídico. Desta maneira, o legislador, procurou abranger todas as situações em que há carência de proteção de bens, bem como, estipular meios de administração pública e gestão de presídios em todo âmbito nacional.

Mas o que é sanção penal? Quais são as penas a serem aplicadas e como se dá sua aplicação? Tais questionamentos serão aqui discutidos. Cumpre dispor inicialmente que, alguns estudiosos, exemplo de Grecco, Carvalho e Capez, aprofundam no estudo das penas e sanções já existentes, e afirmam que, na verdade, surgiram desde a criação do mundo. Assim, Grecco (2015, p. 15), destaca que:

Segundo o livro de Gênesis, capítulo 3, versículo 8, Deus se encontrava com o homem sempre no final da tarde, ou seja, na virada do dia. Seu contato era permanente com Ele. Contudo, após sua fatal desobediência, Deus se afastou do homem. Começava, aqui, a história das penas. A expulsão do primeiro casal do paraíso foi, com certeza, a maior de todas as punições. Logo após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, o homem deixou de lado sua pureza original, passando a cultivar sentimentos que até então lhe eram desconhecidos.

Carvalho (2018), afirma que, ao longo da história, o direito penal e suas sanções se encontraram divididos em três fases: a) vingança privada; b) Vingança divina; c) Vingança pública. Segundo Silva (2014), a vingança privada, marcou o período da antiguidade, porque sempre prevalecia o indivíduo que era mais forte, de modo que reinava as Leis de Talião, isto é, olho por olho, dente por dente. Logo, quando ocorria algum tipo de infração, não era apenas o indivíduo que praticou o ato, a ser punido, em alguns casos, até a família e a tribo poderiam sofrer a reação de quem foi vítima, bem como da tribo ou família, também. Deste modo, a vingança privada, constituía uma reação instintiva e natural de maneira que fosse proporcional ao dano causado.

A lei possuía valor reparatório, pois além de, a conduta, ferir os valores morais, feria também a divindade, assim, a pena tinha caráter sacral. De outro lado, no oriente médio, o sistema legislativo era caracterizado pela origem religiosa, ou seja, todo o ordenamento surgiu da religião. Neste sentido, qualquer indivíduo que cometesse o crime, teria de ser castigado para que fosse acalmada a ira dos deuses e houvesse a retomada da benevolência deles.

Assim, surge a lei greco-romana, algum tempo depois, a qual se destaca o caráter sacro revelado nas obras dos grandes trágicos gregos. Entretanto, tempos depois, a pena se torna pública, variando sua severidade de acordo com o tipo de delito. (Shecaira e Côrrea Junior apud Carvalho, 2018)

Cumpre ressaltar que estas fases não foram necessariamente uma sequência da outra, pois em alguns momentos da história chegaram a coexistirem. Então é que se adentra ao sistema de Direito Penal brasileiro, o qual possui, penas que restringem direitos, liberdade e geram multas (pecuniárias). Não obstante aborda também as medidas de segurança, as quais geram restrição e detenção, caso haja descumprimento da medida.

Por conseguinte, Borges (2009) afirma que, se a norma disciplina aspectos do *ius puniendi*, ela é de Direito Penal. Assim, poderá ser primária ou secundária, sendo a primeira, aquela que cuida do âmbito das proibições, isto é, determina que determinadas condutas são incompatíveis com o meio social, a exemplo do homicídio. Entretanto, a secundária, já

aborda e norteia a sanção que será aplicada ao indivíduo que realiza tal conduta. Desta maneira, é a partir dessas normas que surge o poder do estado de punir. (Borges apud Carvalho, 2018)

Deste modo, cumpre destacar que, o poder de punir do estado, parte de condutas impostas pelo código penal, isto é, do “conceito” de criminologia. Segue-se, historicamente, comprovação da atribuição de determinados significados à criminologia, podendo adotar inclusive o de, segundo Grecco:

É uma ciência interdisciplinar que tem como objeto o estudo do comportamento delitivo e a reação social. Interdisciplinar porque, embora sugestivo o seu título – criminologia – não somente as ciências penais se ocupam do seu estudo, sendo este, inclusive, mais aprofundado em outras áreas, a exemplo da sociologia, da psicologia, da psiquiatria, da antropologia, da medicina forense, dentre outras. (Grecco, 2015, p.39)

Então é possível entender que as ciências penais servem a criminologia como mais um instrumento de análise do comportamento delituoso, das origens, motivos que o geraram, quem determina o que, quando e como punir, bem como se pretender e buscar soluções que evitem ou diminuam o cometimento de infrações penais. (Grecco, 2015).

Outrossim, o Estado visa proteger os bens jurídicos, aqueles que embasam a sociedade em geral, sendo eles: vida, liberdade, propriedade, integridade física, honra, patrimônio etc. Por este motivo, somente o Estado tem o direito de punir e proteger, consequentemente como expressão da sua soberania, se estabelece acima dos sujeitos, suas relações e subordina juridicamente o Direito (Batista, 2015).

Assim, o Estado possui, uma barreira frente as condutas que se enquadram dentro do Código penal, de modo que se utiliza do Jus Puniendi, que nada mais é que, o poder e dever de punir, como uma forma de gerar consequência para atos ilegais, mas também como forma de garantir que não ocorra “justiça pelas próprias mãos” advinda da sociedade, isto é, a justiça vingativa.

Em contraponto tem-se a Declaração dos Direitos Humanos, que afirma que a punição deve ser aplicada de forma mais humana e justa, de acordo com os atos do indivíduo, como forma moral e garantidora de direitos resguardados por lei, a título de exemplo o Artigo 10, DUDH: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e

pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". (ONU, 1948)

Logo, afirma Capez (2011) que, no instante em que é cometido o ato delituoso, esse poder, genérico, até então, se concretiza e se transforma numa pretensão contra o infrator. Contudo, Estefam e Gonçalves (2021), afirmam que a partir do momento em que a lei entra em vigor, passa a concretizar a pretensão contra o indivíduo que pretende cometer uma infração penal.

Portanto, o direito de punir deve ser exercido pelo Estado, estando completamente, vinculado às leis. Assim, ao mesmo tempo que nosso ordenamento jurídico dá ao Estado o direito de punir, também o limita, só podendo ser exercido nas condições e limites estabelecidos nas normas penais e processuais penais (Moreira, 2005).

Deste modo, sabe-se que é competência do Estado a estipulação de órgãos responsáveis, constitucionalmente, pelo cumprimento das penas por aqueles que cometeram atos inflacionários. Jamais discordando de que as atribuições estatais sejam repassadas para a responsabilidade do parceiro privado, visto que tal situação não encontra respaldo legal.

Assim, o rol do art. 60, da Lei 7210/84, estabelece os órgãos responsáveis pela execução penal, de maneira que se preocupou em entregar aos entes públicos a responsabilidade de punir, fortalecendo o direito penitenciário e respeitando os direitos fundamentais dos condenados. Desta maneira, é preciso entender as escolas penitenciárias no mundo, as quais fundamentam o atual Código Penal brasileiro (1940).

Segundo Pedrosa Filho (2011), o primeiro registro de complexos prisionais, parecidos com os atuais, remonta do ano 817, sendo ocorrido no Sínodo dos Piores de São Bento, realizado em Aix La Chapelle. Assim, estabeleceu-se que cada mosteiro deveria ter uma ala separada para que indivíduos infratores pudessem cumprir as penas estabelecidas pelo direito canônico, não obstante, estes ambientes deveriam, ainda, ter um acesso ao labor, para o trabalho e caminho para o pátio para que o infrator fosse convertido ao catolicismo. Grife-se que, a ideia na época, era de que o indivíduo pudesse ser ressocializado através do trabalho.

Por conseguinte, as masmorras eram destinadas a criminosos condenados a prisão perpétua, e aos que aguardavam o cumprimento de pena de morte e lá ficavam jogados a própria sorte. De outro lado, na Europa, no século XVI, surgiram as primeiras penitenciárias com o objetivo correcional, a exemplo da House of correction, em Londres, construída entre 1550 e 1552, bem como a prisão de Nuremberg (1558), assim como a prisão de Amsterdã para homens em 1595 e para as mulheres em 1597, essa construída pelas protestantes. Assim, foi durante o século XVIII que surgiram as prisões modernas, como Casa de Correção de Gond, na Belgica; e Instituto de São Miguel, em Roma, construído por ordem do Papa Clemente XI, em 1704.

Consequentemente, foram criados, ao longo da história, alguns sistemas de encarceramento, os quais se destacaram por suas particularidades, o que apresentou uma evolução prisional no mundo e que fez com que o Brasil tivesse uma base histórica – por suas raízes – para fundamentar seu código Penal.

Então criou-se o Sistema Pensilvânico, também conhecido como sistema belga ou celular, o qual foi inaugurado em 1790 na prisão de Walnut Street, em seguida foi implantado nas prisões de Pittsburgh e Cherry Hill. Os principais precursores foram Benjamin Franklin e Willian Bradford. Assim, utilizou-se como base as convicções religiosas e o Direito Canônico para estabelecer uma finalidade e forma de execução penal. Desta maneira, o condenado ficava em completo isolamento, sem contato com pessoas no exterior, de modo que tinha contato apenas com os carcereiros, diretores e o capelões locais. (Márcio apud Carvalho; Raíssa, 2018)

Segundo Pedrosa Filho (2011), era estabelecido pelo sistema que, o indivíduo deveria cumprir a pena em total reclusão e em permanente isolamento dentro da cela, sendo quebrado apenas quando se podia realizar pequenos trabalhos, os quais serviam de passa tempo. Semelhantemente, as visitas dos capelões serviam de passa tempo, porém, estas tinham um intuito de catequizar o criminoso e fazê-lo se arrepender do ato praticado. Assim, lhes era entregue uma bíblia pra que pudessem ler e conhecer as escrituras, pois, acreditava-se que, somente assim poderiam ter suas almas resgatadas. (Cordeiro, 2006)

Contudo, Ferri (1929), percebeu que o sistema celular apresentava inutilidade e inconveniência, devido ao fato de que, além de não apresentar uma maneira de reinserção social do detento, muitos apresentavam sinais de distúrbios mentais. Logo, em uma conferência intitulada Lavo e Celii, afirmou que o sistema pensilvânico, era uma das aberrações do século XIX. Portanto, este sistema se aboliu nos Estados Unidos em 1913.

Então a partir desta extrema rigidez, foi criado o sistema Auburniano, em Nova Iorque, EUA, o qual mantinha uma preocupação com a emenda a dos condenados e procurava esquivar-se da contaminação impondo a disciplina do silêncio, aparentemente colocava em primeiro lugar a necessidade de conseguir ganhos com o trabalho dos presos. (Carvalho, 2018)

Deste modo, afirma Cordeiro (2006), que a comunicação era permitida apenas com os guardas e desde que houvesse permissão, em circunstâncias nenhuma podendo os detentos comunicar-se entre si, o que justifica a então denominação recebida de Silent Sistem. A regra do silêncio absoluto foi o mais evidente ponto vulnerável do sistema Auburn, posto que uma vez impedidos de se falarem, surgiu a comunicação por mímica, ruídos e batidas em copos de água ou na parede. (Pedrosa Filho, 2011).

Com isso surgiu o sistema progressivo que introduziu uma relativa indeterminação no tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, na medida em que permitiu a duração prevista na sentença ser reduzida, dependendo do bom desempenho do preso no trabalho e da sua conduta carcerária. O seu maior mérito, contudo, talvez tenha sido o fato de buscar incentivar o senso de responsabilidade dos condenados, colocando em suas mãos o maior ou menor cumprimento das suas penas. (Dullius; Hatmann, e Muller, apud Carvalho, 2018).

No Brasil, iniciou-se um histórico prisional já embasado nos modos prisionais portugueses, visto que era colônia. Deste modo, em 1530, com a efetiva colonização do Brasil, através do sistema de capitania hereditárias, prevaleceu o sistema Manuelino, que havia sido consolidado por Rui Bato, João da Grã e João Cotrim, e finalmente publicado em 1521.

Contudo, as ordenações não apresentavam uma eficácia completa, haja vista que, as pessoas que vieram ao Brasil possuíam grande ambição de exploração. Logo, estando longe do território português, de fato, era demorado o processo de investigação e apuração infracional, além, do que, a ideia do sistema de capitâncias era apenas a tomada de terras e exploração dos recursos naturais. Deste modo, Batistela (2008), afirma que essa legislação não era adequada para reger a sociedade colonial, visto que regia uma população que estava evoluindo, apresentando características que atendiam as necessidades do povo daquela região.

Consequentemente, em território nacional, por ser uma população distante e sem uma fiscalização efetiva, o que realmente acontecia, era a lei que os capitães decidiam. Entretanto, nos tempos dos governos gerais é que ocorreu uma fiscalização melhor das leis pela demanda de funcionários para o Brasil, a mando da corte.

Após o período Afonsino, surge o governo de D. Filipe, o qual durou até o Brasil imperial, onde foram criadas penas extremas que ficaram marcadas na história por sua rigidez. Assim, a marca deste lapso temporal foram as medidas exorbitantes e desiguais, onde era confundido, direito moralidade e religião. Conforme Amaral (2008), essas medidas se firmaram através do uso da força, como prova disto tem-se Tiradentes que, entre os revoltosos, sendo o de classe mais baixa, foi usado como mártire e exemplo para o resto da população de que quem se revoltasse contra o governo seria morto na força.

Contudo, após a declaração de independência, existiu uma necessidade de criação de um ordenamento próprio. Em 1824, com a criação da Constituição, foi formatado um novo código já constante na carta magna de 1824. No qual, Afirma Amaral (2008), que possuía como principais características o fim da pena de morte por crimes políticos, imprescritibilidade da pena, reáração pelos danos cometidos no delito e etc., observando alguns traços que permanecem até hoje no ordenamento jurídico.

Após a Proclamação da República, devido ao ciclo de 60 anos desde a proclamação da Independência, foi necessário novamente a reforma do Código criminal brasileiro, o

qual passou por várias correções ao longo do tempo até que em 1942 foi aprovado e publicado, e perdura até os dias atuais.

Abrindo desta forma um novo horizonte de situações que mesmo já debatidas em tempos passados, ainda perpetua no atual sistema prisional, e assim como os aspectos positivos, os negativos também passam por uma transformação positiva e negativa, com soluções e causadores ainda mais complexos.

2. PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS QUANTO AO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A prisão sempre foi símbolo de punição no Brasil, tendo sido implantada de forma variada, como alojamento para escravos e ex-escravos, serviu como asilo para menores e crianças de rua, foi utilizada como hospício, e por fim, utilizada para encarcerar inimigos políticos. Contudo, desde o início, houve um descaso das políticas públicas na área penal, como também uma inviabilidade da edificação de modelos quanto à aplicação. Desta maneira, marcando a história com prisões isoladas em ilhas e lugares inadequados, escondendo a triste realidade dos maus-tratos, torturas, promiscuidades etc., o que representou o desagradável universo carcerário brasileiro (Maurício, 2011).

Consequentemente, existiu uma série de acontecimentos que resultaram no atual sistema prisional, o qual passa por diversas dificuldades, como por exemplo a superlotação, a fraca infraestrutura e péssima qualidade de vida dos internos, onde a relatos de doenças disseminadas pela hiper população e ocorrendo falta de local para a necessidades básicas, em 2017. A revista Gazeta do Povo publicou uma matéria onde mostra que detentos usavam buraco no chão como sanitário e uma lotação onde deveria ser de 40 detentos, possui 171 presos.

Com a superlotação, os problemas pioraram, e muito. Dos 171 presos, pelo menos dez, de acordo com a inspeção, têm tuberculose. Amontoados, devem transmitir a doença para mais gente. O "boi", espécie de vaso sanitário aberto no chão, da cela 10X, entupiu. Os presos defecam nas marmitas esvaziadas, urinam em latões que vazam. (Gazeta do Povo. 2017, recurso online.)

Prevenções e cuidado com situações básicas de saúde, não é apenas um cuidado com a saúde local momentânea, mas uma prevenção para o futuro, pois, esses mesmos presos recebem visitas de familiares e voltam para suas casas ao fim da condenação, o que pode migrar a crise sanitária para fora dos muros. Como assegurado pela constituição brasileira de 1988, no artigo 1º, inciso III, todo indivíduo possui a sua dignidade humana resguardada, o que inclui ter plenas condições de vida, como dito por Moraes:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade (Moraes, 2005, p. 16)

Além dos demais problemas básicos de estrutura e saúde, os presídios brasileiros estão corriqueiramente associados por liderança do crime organizado, ocorrendo de dentro para fora, com essa má gestão dos detentos, criminosos presos por pequenos crimes, possuem contato direto com grandes líderes de facções, fomentando rebeliões e massacres dentro do sistema prisional, ficando evidente casos como de Manaus em 2019 que acabou com 56 presos mortos e Carandiru em 1992 com mais de 100 mortos (Buosi, 2002)

A falta de coordenação com a separação dos presos por tipos de crime, possibilitam a criação de mais facções, consequentemente criminosos mais especializados e organizados, surgindo assim uma espécie de escola do crime, seguindo por exemplo a facção criminosa PCC, que surgiu oriunda do sistema prisional brasileiro em 1993, e que hoje ostenta o título de maior grupo criminoso organizado do Brasil, envolvido diretamente com tráfico de armas, drogas, assassinatos e roubos. (Duarte, 2015)

Com isso é possível entender que existe, além de uma grande falta de habilidade em organizar o sistema prisional, há uma ineficácia da lei brasileira, pois esta não possui uma aplicação e cumprimento estrito, ou seja, aplica-se parte e a outra se descarta.

Outro problema enfrentado pelo sistema prisional é a superlotação, que incrementa cada vez mais para o estado de calamidade enfrentado pelos encarcerados no presídio de Três Passos em Porto Alegre, onde estão confinados em um espaço planejado para 114 pessoas, mas que na realidade abriga mais de 300 presos, mais que o dobro suportado pela unidade. (Araújo, 2024)

Agindo desta forma em descumprimento com o artigo 85 da Lei de Execução Penal Nº 7.210/84 onde garante que a cela deve ter a capacidade para qual foi projetada, não ultrapassando lotação limite "Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades." (Brasil, *online*)

Ocorre também, a falta de comida em presídios, onde há indicativos de que a fome é usada como punição, uma forma de retaliação, além da de comida. Adentrando assim em uma falta de preparação e fiscalização dos presídios, onde o agente público, representante e instrumento do Estado, pode agir como bem entender e decidir a "pena" de cada detento. (Agência Assembleia de Notícias)

De forma indireta, o sistema prisional já é financiado de forma particular, onde as famílias do preso, muitas vezes, são os responsáveis pela alimentação dos presos, além de higiene e cuidados fisiológicos básicos, como aparência e saúde. Fazendo assim que o mecanismo interno dos presídios funcione, e a detenção não seja uma sentença de morte lenta por hipossuficiência. (Prado; Peixoto, 2020)

Uma evolução e maior introdução do sistema prisional terceirizado no Brasil, seria uma forma garantidora de que o sistema carcerário brasileiro não fique abandonado, tendo em vista que atualmente se encontra em estado de calamidade. O incentivo privado poderia garantir não só uma maior transparência do que ocorre dentro dos presídios, mas também facilitaria a fiscalização, pois a cobrança por uma boa gestão faria que metas e objetivos sejam realmente buscados e alcançados por parte da empresa que assumiria tal compromisso.

Sendo seus principais objetivos voltados não só apenas a segurança dos presos como evitar fugas, brigas e criação de novas organizações criminosas, mas também atender necessidades como celas com lotação correta, alimentação, banheiros e uniformização dos detentos, com a possibilidade de oferecer trabalhos internos e ate sociais a fim de manter como foco a reintrodução e educação do preso ao meio social.

Conforme mensurado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen, 2016), a população carcerária do Brasil cresceu 157%, onde a taxa de presos para 100 mil habitantes era de 13 pessoas no ano 2000, já em 2016 passou para 352 pessoas para cada 100 mil habitantes, o que demonstra o desfalque com ampastos para o não retorno a presídios.

O Depen mostra que a cada 1000 presos, 210 acabam retornando ao crime no primeiro ano de liberdade, ou seja, 21% ou 390 presos são incidentes após 5 anos. (Senappen, 2021). Como demonstrado nos dados fornecidos pelo Senappen, a população carcerária apenas vem aumentando, o que proporcionalmente aumenta precariamente o problema já disseminado, a superpopulação, que carece de espaço e condições básicas de higiene.

Essa superlotação leva a revoltas e crimes por cada metro quadrado dentro do presídio, não sendo diferente os pedidos tanto internos pelos presos, mas como também externo pelos familiares e até mesmo por agentes prisionais.

Familiares de presidiários fizeram uma manifestação, nesta quinta-feira (3), em frente ao Palácio do Planalto, em Brasília. Eles cobram melhorias no sistema prisional (veja vídeo acima). Com faixas e cartazes, o grupo gritou palavras de ordem e pediu o fim da superlotação na cadeia, além de "respeito" aos detentos. "Chega de opressão, chega de humilhação", era uma das frases escritas nas faixas. (Puljiz, 2022, online)

Além das superlotações há também casos de canibalismo entre os presos, ocorrendo principalmente em situações de guerras de facções e rebeliões, como foi o caso de Pedrinhas, Maranhão, em que um detento foi cortado em 59 pedaços e comido por membros da mesma facção, conforme afirma, a revista Veja (2015, online): "O corpo foi, então, esquartejado em 59 pedaços. As partes foram banhadas com sal, para retardar a

decomposição da carne e disfarçar o odor, e espalhadas pelo presídio. Depois, o fígado de Silva foi retirado, assado na brasa e ingerido pelo grupo”.

Portanto para a atual comunidade carcerária, o que deveria ser uma pena temporária, acaba se tornando permanente, com a morte do detento devido a escassez de comida, tortura e abusos sofridos, doenças e má gestão, mas também pelo abandono pós cárcere, onde o indivíduo ficar à mercê da própria sorte e preconceitos, pela falta de assistência para um novo emprego e meio de vida, acarretando em futuras reincidências, não só com o desejo de mudar de vida, mas como o único meio de conseguir seu sustento.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de melhoria nos presídios quanto a alimentação, acomodação, vestimenta, infraestrutura, medidas de ressocialização e segurança. Com a comida sendo entregue de forma que ainda esteja fresca e que cumpra com as necessidades básicas do ser humano, podendo ocorrer o plantio de frutas, verduras e hortaliças nas dependências do presídio para a alimentação do preso.

As celas devem cumprir com a lotação máxima dos presos, com mais complexos ou celas maiores de acordo com a necessidade local, eliminando por vez o problema da lotação ultrapassando quase 3 vezes mais que o máximo suportado por cela, em casos extremos ocorrendo a lotação, deixando de ser o cotidiano.

A vestimenta padrão dos presos, para facilitar identificação e uniformizar os presos, o que em caso de fuga, sinaliza facilmente para a população local a origem de um transeunte suspeito. Com o aumento de todo o contingente de segurança e de fiscalização dos presídios, com mais agentes penitenciários, muros fortificados e câmeras de segurança.

Medidas de ressocialização são necessárias para que não ocorra a reincidência, evitando assim uma lotação recorrente, com ajuda socioeducativa, proporcionando ao preso, educação financeira, profissional, técnica e básica, além de suporte para conseguir vaga de emprego após o cumprimento de sua condenação. Proporcionando desta forma uma segurança social e econômica.

Os objetivos buscados é que o tempo de prisão não seja apenas visto e realizado como uma punição, mas como uma formação de um novo individuo, apto para a vida em

sociedade, com suas devidas oportunidades e direitos, podem acarretar inclusive trabalho dentro do próprio presídio, como ajuda física, financeira e reflexiva.

O aprofundamento em projetos que ajudam o detento a voltar a sociedade, é o meio mais correto para o fim de um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro, onde o indivíduo portando conhecimento e possibilidade para uma vida justa e digna, pode proporcionar e influenciar até mesmo conhecidos do seu antigo mundo do crime, tirando assim das ruas mais um infrator, como um efeito cascata. Como dito por Benjamin Constant no sec. XI “A má educação consiste especialmente nos maus exemplos”

Exposta essa máxima, o exemplo é a maior forma de transformar fora do presídio, e dentro do presídio a melhor forma de transformar é pela educação e disponibilidade da educação, segurança e direitos básicos, como alimentação e saúde, a fim de que o presídio seja um processo de transformação do indivíduo, seguindo com o garantido pela lei de execução penal, em destaque pelo disposto no artigo 41.

Constituem direitos do preso: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; Previdência Social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. (Brasil, 1988)

Diante do cenário percebe-se que como pontos positivos entes públicos e privados como ONGS e empresas particulares que estão dispostos a oferecer serviços sociais e de saúde para melhorar as condições dos presos outrora os pontos negativos são destacados pelo descaso do meio público sobre as condições de saúde, alimentação e infraestrutura. Nesse sentido, cabe destacar que como alternativa a importância da terceirização dos presídios tendo que o investimento de tempo e dinheiro na prática, vem do meio particular sendo assunto a ser discutido no próximo tópico.

3. A TERCEIRIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL É UMA ALTERNATIVA VIÁVEL?

Com o passar do tempo, houve uma ascensão considerável no tocante ao sistema prisional, pois o preso, geralmente, ficava a disposição de Estado, ou seja, tinha sua vida abandonada como ser humano, sendo punido com penas cruéis e desumanas, conforme já exposto no capítulo um. Assim, em meados do século XVIII, criou-se a figura do instituto da pena, o que posteriormente, gerou a pena privativa de liberdade, com propostas já no século XX, da criação do modelo de ressocialização para os criminosos.

De outro lado, afirma Carvalho (2018), é verdade que os infratores, apresentam risco a sociedade e como consequência a população oferece apoio ao Estado na aplicação de penas impiedosas aos prisioneiros. Entretanto, a má aplicação dessas penas, a desestrutura de programas voltados a ressocialização, apontam uma deficiência no meio público.

Diante dos dados apresentados no tópico dois, é possível entender que, o sistema penal brasileiro, encontra-se abandonado pelo Poder público, seu único mantenedor. Deste modo, o que deveria apresentar uma eficiência, acaba não cumprindo, totalmente seu papel, de modo que, é totalmente nítido a falta de estrutura, celas com superlotadas, tratamentos desumanos aos presos e os princípios constitucionais são desrespeitados.

Ao aprofundar nas leis e códigos vigentes no Brasil, é possível perceber que, na verdade, há uma discrepância, visto que a Lei de Execução Penal - LEP (1984), afirma em seu bojo, no artigo 88, caput "o condenado será alojado em cela individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório" (Brasil, 1984), o que está em desuso devido a superlotação dos presídios brasileiros. Assim sendo, é nítido que a terceirização dos presídios é uma opção de ponto positivo, visto que irá gerar ao Estado, uma receita, ao invés, de gastos.

Deste modo, assevera Grecco (2015) que o desrespeito pelo próprio Ente Estatal à dignidade da pessoa humana, atentando-se prioritariamente para os quesitos essenciais para que o detento tenha no cumprimento da pena, condições de uma vida digna, relatando o atual sistema penitenciário brasileiro como os presos condenados à pena privativa de liberdade afetados em sua dignidade humana vivendo em ambientes com superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação etc.

Completa ainda, que a ressocialização do regresso é tarefa quase impossível, pois que não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato da sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal. Destaca ainda que, o Brasil conta com um sistema executivo penal que se encontra entre os mais avançados e democráticos no mundo, visto que, possui uma linha voltada a dignidade humana, a qual protege os direitos do preso, sendo desnecessária qualquer punição cruel, danificante ou de natureza desumana.

Logo, a Constituição da República de 1988, traz em seu corpo, cláusulas pétreas, ou seja: direitos que não podem ser excluídos da Carta Constitucional, onde se tratando dos direitos e garantias, no artigo 5º reserva trinta e dois incisos destinados a proteção dos direitos do cidadão, sem distinções. Ainda no inciso XLIX, demonstra alguns direitos relacionados aos presos, a exemplo do respeito a integridade física:

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)

No entanto, como descrito anteriormente, a teoria não tem surtido efeitos na prática, na medida em que é constante a violação dos direitos individuais ou coletivos sem a observância das garantias legais previstas na execução destes, não sendo tais garantias respeitadas. (Bedê, 2017).

Deste modo, que se vê na prática, não condiz com o que está previsto em lei, pois é visível o descompromisso do aparelho estatal, visto que estes indivíduos são lançados na sociedade basicamente como descartados, não recebendo nenhum tipo de orientação ou assistência, sentindo na pele o peso do preconceito e, mais uma vez, a dignidade e o respeito esquecidos. Assim, faz com que voltem a cometer infrações pela falta de perspectiva de um retorno social adequado e até mesmo pela revolta para com a sociedade, que também não está preparada para receber de volta aqueles que um dia

tiveram suas vidas mudadas por um ato impensado, excluindo-os momentaneamente do convívio com as demais pessoas dentro da sociedade.

Portanto, é de suma importância a disposição dos presídios a privatização, para Capez (2009), no que diz respeito a privatização, a decisão se torna, para a vida dos detentos, o meio mais plausível e saída imprescindível para o problema vivenciado nos presídios brasileiros, onde expõe que esta pode ser a melhor saída para enfrentamento dos problemas atuais como constante número de rebeliões, crimes, etc, sem a necessidade da intervenção financeira do Estado.

Portanto, a visão essencial para estas circunstâncias seria quebrar o atual modelo do sistema, internalizando ainda a participação da família, fator preponderante para a melhoria da vida psicológica e social do detento.

Além de uma escolha política baseada em ideologias, colaborar com o governo poderia ser vista como uma importante medida para avançar na implementação de projetos de infraestrutura e não oferta dos serviços públicos necessários para a sociedade.

Deste modo, essa abordagem pode ser definida como uma nova forma de delegação, na qual o indivíduo assume a responsabilidade de planejar, financiar, construir e gerenciar um projeto específico de interesse público.

Assim, afirma Maurício (2011), que a experiência das privatizações, em outros países a exemplo da Inglaterra, demonstra uma forma de realização de atividades que antes eram do setor público, pode ser realizada por meio de terceiros, fazendo com que exista uma maior eficiência e permitindo que se crie um valor comercial para o Estado, de modo que este passe a obter receita. Logo, engajar as aplicações ao setor privado permitiria, inclusive um avanço tecnológico onde se poderia, obter um sistema de segurança de ponta.

Consequentemente, as parcerias público-privadas são acordos que estabelecem obrigações entre entidades públicas e privadas, com o objetivo de realizar total ou parcialmente obras, serviços ou atividades de interesse público. Nesse sentido, o parceiro privado assume responsabilidades como financiamento, investimento e operação do serviço. Essas parcerias seguem princípios administrativos gerais, além de princípios

específicos inerentes a esse tipo de colaboração. Uma novidade nos contratos dessas parcerias é a inclusão legal de um método claro para dividir os riscos entre as partes, levando em conta a capacidade do contratado. A transferência de riscos é crucial para garantir que o contrato atinja sua principal meta: a eficiência econômica na entrega de serviços públicos.

Cumpre destacar que, o contrato de parceria público-privada não é apenas um contrato privado da administração pública. O regime legal das concessões patrocinadas e administrativas é essencialmente similar ao regime contratual da concessão comum, com algumas particularidades específicas estipuladas na Lei Federal nº 11.079/2004. Essa lei estabelece, no artigo 3º, em que regime público estão enquadradas as diferentes modalidades de concessão.

Portanto, uma vez que a previsão de garantias e o cumprimento das obrigações financeiras da concedente, juntamente com a necessidade de estabelecer uma sociedade com objetivos específicos, são características distintivas das concessões patrocinadas e administrativas, ambas regidas pelo mesmo conjunto de normas, divergindo apenas no aspecto tributário, ausente na concessão administrativa. (Maurício, 2011). Logo, após examinar a forma de contratação e privatização, é importante discutir como essa prática está sendo implementada no contexto brasileiro.

A privatização das prisões no Brasil é respaldada por várias leis em vigor no sistema jurídico. A autoridade para legislar sobre questões penitenciárias é compartilhada entre o governo federal, os estados, o Distrito Federal e os municípios, conforme estabelecido no artigo 24 da Constituição de 1988.

Nesse ínterim, ao pensar em privatização, o Brasil, se baseia em exemplos ocorridos em diversos países, a exemplo dos Estados Unidos, Austrália, Inglaterra, França, logo, é um projeto que vem sendo analisado ao longo do tempo desde o governo de Fernando Henrique Cardoso, onde ocorreu a privatização de algumas empresas públicas e sociedades de economia mista, para em consequência gerar a ideia de privatização dos presídios. (Pedrosa Filho, 2011)

Desta maneira, foi usada como justificativa, o drama fático em que se encontrava o sistema penal brasileiro, onde muitos presos se encontravam vivendo nos presídios em situações sub-humanas. Assim, o Ministério da justiça, notou uma necessidade de propor a adoção das prisões privadas no Brasil. Assim, afirma Maurício (2011) que a proposta era que deveria existir um sistema penitenciário federal, deveria ter a responsabilidade pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado (estabelecimento de segurança máxima), permanecendo com os Estados e Municípios, a responsabilidade pelo cumprimento de pena privativa de liberdade em regime médio, semiaberto e aberto.

Logo, a admissão das empresas privadas seria feita por meio de licitação (processo de contratação e de direito administrativo da União), ou seja, deveria existir uma concorrência pública. A partir daí, seria imposto um contrato de obrigações e deveres entre as partes, de modo que o setor privado deteria o dever de prover os serviços penitenciários, como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de construir os estabelecimentos penais e administrá-los. Assim, a administração seria realizada em sistema de gestão mista, ficando a supervisão dos estabelecimentos com o setor público, a qual deveria supervisionar o efetivo cumprimento dos termos fixados em contrato.

Consequentemente, alguns Estados do Brasil aderiram a ideia e permitiram alguns locais como “experimento” e para comprovação da proposta. Logo, a pioneiro foi o Estado do Paraná, o qual, segundo Araújo Junior (1995), criou A penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG), construída com recursos do governo federal e estadual, numa parceria, visando o cumprimento dos objetivos de reinserção social dos detentos e de aproximar as unidades prisionais das comunidades locais (mantendo os presos próximos de suas famílias e de seus locais de origem), seguindo a política adotada pelo governo do Estado do Paraná. Essa política visa oferecer novas oportunidades aos apenados, incluindo acesso a emprego e programas de capacitação profissional. Isso não apenas melhora as condições para a reintegração social, mas também permite a redução da pena.

A princípio, a administração da penitenciária, não foi terceirizada completamente, pois a empresa contratada deve exercer o trabalho de atendimento aos presidiários no

que se refere a alimentação, necessidades de rotina, assistência médica, psicológica e jurídica dos presidiários. Deste modo, é permitido aos presos que realizem atividades de trabalho como método de ressocialização, de maneira que estes possuem o benefício de receber uma remuneração de três quartos do salário-mínimo vigente, devendo ainda ficar polpado cerca de 20% desse valor, retido em uma conta, para que este possa receber no dia em que receber o alvará de soltura. (Deppen, 2017)

Logo, um ponto positivo é o fato de que o trabalho serve também como abono da pena, isto é, a cada três dias trabalhados, é remido um dia da pena, fazendo então com que haja um incentivo por parte da empresa responsável pelo cuidado do estabelecimento prisional. Assim, percebe-se a eficiência e agilidade da colaboração de contratos de gestão compartilhada, onde há também um fator importante, que segundo o Deppen (2017), a reincidência criminal entre os egressos é menor que os outros presídios que se encontram sob custódia apenas do Estado.

Em sequência da propositura da privatização, o estado do Ceará, com o presídio de Cariri, no qual todos os passos dos presidiários são monitorados por câmeras ligadas 24 horas por dia. Ocorre que, a implantação da gestão compartilhada em presídios no Ceará se iniciou em novembro de 2000, com a adoção do sistema penitenciário industrial regional, em Juazeiro do norte. Entretanto, a execução penal permaneceu nas mãos do Estado. Assim, ao falar de execução de pena na penitenciária do Cariri, Prado (2010), afirma que não se pode comparar o projeto de privatização de determinado estabelecimento prisional com uma simples detenção ou uma simples cadeia, pois existe todo um estudo e análise de infraestrutura que visa atender pontos estabelecidos pela Lei de Execução Penal, visando, inclusive a ressocialização do presidiário.

O que se percebe nos presídios privados é que não existe o problema da superlotação, ocorre que o Estado ao efetuar o papel de fiscalizador, pode exigir, que cumpra o especificado na planta para capacidade total do Estabelecimento. Pedrosa Filho (2011), afirma que o estabelecimento possui capacidade para quinhentos e cinquenta presos e não ultrapassa os quinhentos e vinte detentos. Assim auxilia também no formato

de barreira contra a corrupção que em outros ambientes carcerários pode ocorrer e proliferar, por meio dos tratados entre agentes e presos.

Portanto, entende-se que a privatização dos presídios, é um meio de gerar uma realidade completamente diferente ao meio carcerário brasileiro, como dito anteriormente, que pode inclusive apresentar uma forma ideal de gerar receita ao estado deixando de ser um peso e tornando-se uma atividade gerenciada pelo Estado, mas delegada ao ente privado por meio de parcerias público-privadas. Cumpre expor ainda que, a autoridade penal tende a sair enfraquecida em situações como, superlotação, rebeliões, entre outras, logo, observa-se que o modelo apresentado é uma forma mais eficiente que o tradicional, uma vez que facilita o processo de ressocialização dos presos.

CONCLUSÃO

Através deste estudo foi possível observar a defasagem do atual sistema penitenciário brasileiro, com estrutura, condições de higiene e alimentação em péssimas condições, além do abandono dos presos em acessibilidade de educação e processos de ressocialização, causando desta forma um alto índice de reincidentes ao crime e prisões.

Com a falta de compromisso da vertente do Estado em parte sobre a vestimenta e infraestrutura, como celas hiper lotadas, falta de banheiros e áreas para reeducação, e outra sobre a falta de comida e acesso a saúde básica, com casos de fome sendo usada como castigo e doenças cronicamente disseminada na teia estrutural do presídio.

Foi tratado como objetivo central a possibilidade de terceirizar a gestão dos presídios, para que empresas públicas com metas e objetivos possam melhorar as condições de vida dentro dos presídios, com maior acesso para os presos em cursos de formação técnica e profissionalizante além do preparo para a reintegração a sociedade.

Toda a mudança sendo feita através da apresentação da vida digna e do aprendizado, sendo entregue ao encarcerado a possibilidade e o conhecimento do que é uma vida digna dentro dos preceitos da lei, afugentando-o do retorno ao crime. Sendo possível a

conclusão dessas metas pelo meio mais presente no dia a dia dos presos, por quem está lá, aumentando assim a abrangência do poder de gerir e observar as prisões, que é o meio privado, que possuiria poder de agir com menores burocracias e de forma maleável.

Realizando o Estado uma função de polícia, ou seja, ente fiscal de irregularidades, garantindo que direitos garantidos estão sendo preservados, como alimentação correta, vestimenta e lotação, e em contrapartida o agente privado pode fornecer trabalho dentro dos presídios para ajudar no custeamento das demais despesas do presídio.

Não seria uma transferência da noite pro vinho, seria agregada de forma cautelosa e minuciosa, onde cada área seria submetida a análise tanto pelo órgão Federal tanto pelo privado anteriormente a transição, a fim de que seja mansa e duradoura toda parte em que abrange o poder sobre o cárcere não deixando a responsabilidade social, e fiscal.

OUTSOURCING PRISONS AS A SOLUTION FOR THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that outsourcing the management of the Brazilian prison system can be a solution to the conflicts faced within the prison system, such as expenses, overcrowding, lack of effective rehabilitation programs, and more. The paper presents a historical overview of the emergence of prison systems over time, including the application of Portuguese laws during Brazil's colonial period. This allows for the creation of a chronological timeline of events up to the present day. The article examines Brazilian prisons that have been outsourced, highlighting significant differences compared to publicly managed prisons administered by the federal government. Therefore, it is possible to conclude that outsourcing could be a solution to the collapse of the Brazilian prison system, not only in terms of administration and prison population but also economically, as it generates revenue instead of incurring expenses.

Keywords: Prison Outsourcing; Prison System.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ASSEMBLEIA DE NOTÍCIAS. Alimentação precária nos presídios goianos é uma das preocupações relatadas pelo Comitê de Direitos Humanos, 2023. Disponível em: <https://portal.al.go.leg.br/noticias/131043/a-alimentacao-precaria-nos-presidios-goianos-e-uma-das-preocupacoes-relatadas-pelo-comite-de-direitos-humanos>. Acessado em: 13 abr. 2024.

ARAUJO, Vinicius. Presídio de Três Passos: SUSEP deverá apresentar cronograma de ações em até 90 dias, 2024. <https://radioaltouruguai.com.br/presidio-de-tres-passos-susepe-devera-apresentar-cronograma-de-acoes-em-ate-90-dias/>. Acessado em: 13 abr.2024.

BACKES, Vanessa. Celular é encontrado dentro de TV de LCD em presido de Santa Maria, RS. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/03/celular-e-encontrado-dentro-de-tv-de-lcd-em-presidio-de-santa-maria-rs.html>. Acessado em: 27 abr. 2024

BATISTELA, Jamile; AMARAL, Marilda. Breve histórico do sistema prisional. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1662/1584>. Acessado em: 27 mar. 2024.

BEDÊ, Rodrigo. Uma breve análise sobre a situação dos presídios brasileiros, 2017. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/uma-breve-analise-sobre-a-situacao-dos-presidios-brasileiros/444136748>. Acessado em 27 abr. 2024

Beto, Richa. 2017, disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/caixa-zero/fezes-em-marmita-urina-em-latoes-caos-nas-celas-sete-anos-apos-posse-beto-richa/>. Acessado em: 17 nov. 2023

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Gov.com.br. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acessado em: 29 abr. 2024

BUOSI, Livia. Massacre do Carandiru, que deixou 111 mortos, completa dez anos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/carandiru.shtml>. Acessado em: 16 nov. 2023

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 15^a Ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2011.

CARVALHO, Raissa. A privatização do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/4084>. Acessado em: 15 nov. 2023.

CORDEIRO, Grecianny. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Rio de Janeiro. Freitas Bastos Editora. 2006.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 10. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acessado em: 16 nov. 2023

Departamento Policial Penal do Paraná. Área industrial de penitenciaria de Guarapuava é reativada. Pagina 2. agosto de 2017. Disponível em: [Área industrial da Penitenciária de Guarapuava é reativada | Polícia Penal do Paraná \(deppen.pr.gov.br\)](https://deppen.pr.gov.br/area-industrial-da-penitenciaria-de-guarapuava-e-reactivada-policia-penal-do-parana-deppen.pr.gov.br). Acessado em: 22 abr. 2024.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio, 17ª edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, V. 1, 2015.

SENNAPEN. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Página 12. junho de 2016. Disponível em:
https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/assuntos/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acessado em: 27 abr. 2024

Secretaria Nacional de Políticas Penais. DEPEN divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil. 2021. Disponível em:
<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil>. Acessado em: 27 abr. 2024

MAURÍCIO, Célia Regina Nilander. A Privatização do sistema prisional, p., PUC/SP, 2011. Disponível em: [CÉLIA NILANDER DISSERTACAO DIREITO PUC 20 01 2011.pdf \(pucsp.br\)](https://www.pucsp.br/pt-br/graduacao/dissertacao/mauricio_celia_regina_nilander_dissertacao_direito_puc_20_01_2011.pdf). Acessado em: 29 nov. 2023.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais, 2005, página 16.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. O Direito de punir. Estudo introdutório sobre o direito de o Estado punir aqueles que infringem as normas penais. 2005. Disponível em: [O Direito de punir - Artigo de Direito Penal \(direitonet.com.br\)](https://www.direitonet.com.br/o-direito-de-punir-artigo-de-direito-penal.html). Acessado em: 21 nov. 2023.

PULJIZ, Mara. Parentes de presos ocupam a frente do palácio do planalto, em Brasília, para cobrar melhorias no sistema carcerário. 2022, disponível em:
<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/02/03/parentes-de-presos-ocupam-a-frente-do-palacio-do-planalto-em-brasilia-para-cobrar-melhorias-no-sistema-carceral.ghtml>. Acessado em: 27 abr. 2024

PRADO, Amanda e PEIXOTO, Guilherme. Parentes de presos denunciam falta de comida e água em presídios, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/12/02/parentes-de-presos-denunciam-falta-de-comida-e-agua-em-presidios.ghtml>. Acessado em: 13 abr. 2024.

VEJA. MP denuncia canibalismo em pedrinhas, no maranhão. 2015. Disponível em:
<https://veja.abril.com.br/brasil/mp-denuncia-canibalismo-em-pedrinhas-no-maranhao>. Acessado em: 27 abr. 2024