

Organizadoras:
Gabriela Maciel Lamounier
Luciana de Castro Bastos
Renata Lourenço Pereira Abrão

DESAFIOS DO DIREITO

NA CONTEMPORANEIDADE VOL.7



Bem-vindo ao sétimo volume da série "Desafios do Direito na Contemporaneidade". Nesta obra, continuamos a explorar os temas mais prementes e complexos que permeiam o campo jurídico na sociedade contemporânea.

Ao longo das páginas deste livro, mergulhamos em questões que desafiam as fronteiras tradicionais do direito, refletindo sobre os dilemas éticos, as transformações sociais e as demandas emergentes que moldam o cenário jurídico atual.

Desde as questões fundamentais de justiça e igualdade até os avanços tecnológicos e suas implicações legais, cada capítulo oferece uma análise perspicaz e uma reflexão profunda sobre os desafios que enfrentamos como profissionais do direito e como sociedade como um todo.

Os autores, em suas respectivas áreas de atuação, compartilham suas pesquisas, experiências e visões, oferecendo insights valiosos e propostas inovadoras para lidar com os desafios presentes e futuros do direito.

Neste volume, convidamos você a explorar um vasto leque de temas, desde Fake News, Mídia e Democracia, Abusividades praticadas pelas Instituições Financeiras nos contratos bancários, Lei Geral de Proteção de Dados até Compliance e Governança de Dados, passando também pela importância da doação de sangue, questões de Direitos Humanos, Violência Doméstica e Adoção.

Esperamos que este livro seja uma fonte de inspiração e conhecimento para todos aqueles que se dedicam ao estudo e à prática do direito, incentivando o debate construtivo e o desenvolvimento de soluções criativas para os desafios do nosso tempo.

Boa leitura!

Luciana de Castro Bastos

ISBN 978-65-6006-082-1



9 786560 060821 >



 **EXPERT**
SISTEMAS DE INFORMAÇÃO

DESAFIOS DO DIREITO

NA CONTEMPORANEIDADE VOL.7



Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LAMOUNIER, Gabriela Maciel

BASTOS, Luciana de Castro

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira

(Orgs.)

Título: Desafios do Direito na contemporaneidade Vol. 7

- Belo Horizonte - Editora Expert - 2024

Organizadoras:

Gabriela Maciel Lamounier

Luciana de Castro Bastos

Renata Lourenço Pereira Abrão

ISBN: 978-65-6006-082-1

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Contemporaneidade 3.Inovações I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

APRESENTAÇÃO

Bem-vindo ao sétimo volume da série "Desafios do Direito na Contemporaneidade". Nesta obra, continuamos a explorar os temas mais prementes e complexos que permeiam o campo jurídico na sociedade contemporânea.

Ao longo das páginas deste livro, mergulhamos em questões que desafiam as fronteiras tradicionais do direito, refletindo sobre os dilemas éticos, as transformações sociais e as demandas emergentes que moldam o cenário jurídico atual.

Desde as questões fundamentais de justiça e igualdade até os avanços tecnológicos e suas implicações legais, cada capítulo oferece uma análise perspicaz e uma reflexão profunda sobre os desafios que enfrentamos como profissionais do direito e como sociedade como um todo.

Os autores, em suas respectivas áreas de atuação, compartilham suas pesquisas, experiências e visões, oferecendo insights valiosos e propostas inovadoras para lidar com os desafios presentes e futuros do direito.

Neste volume, convidamos você a explorar um vasto leque de temas, desde Fake News, Mídia e Democracia, Abusividades praticadas pelas Instituições Financeiras nos contratos bancários, Lei Geral de Proteção de Dados até Compliance e Governança de Dados, passando também pela importância da doação de sangue, questões de Direitos Humanos, Violência Doméstica e Adoção.

Esperamos que este livro seja uma fonte de inspiração e conhecimento para todos aqueles que se dedicam ao estudo e à prática do direito, incentivando o debate construtivo e o desenvolvimento de soluções criativas para os desafios do nosso tempo.

Boa leitura!

Luciana de Castro Bastos
Professora universitária: PUC Minas, Famig e Anhanguera;
Coordenadora de Cursos de Especialização a Distância da
PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito
Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/
RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais – PUC Minas com distinção cum
laude. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com

PREFÁCIO

Com o passar do tempo, as relações sociais e jurídicas sofrem modificações e a sociedade como um todo anseia por legislações compatíveis com as novas demandas. Em uma era em que se faz uso da inteligência artificial e em que as interações humanas se mostram superficiais, nunca se falou tanto sobre *fakenews*, dignidade da pessoa humana, *compliance* e proteção dos dados.

A interseção entre o direito e a tecnologia é um tema recorrente e desafiador, destacando a necessidade de adaptar os princípios jurídicos tradicionais aos novos desafios apresentados pela era digital. Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista as questões fundamentais de justiça social e igualdade.

Aos profissionais e operadores do direito, é imposta a missão de compreender temas, normas e regulamentos, assim como de buscar a concretização da justiça e da equidade. É necessário que o direito se atualize e que seus operadores se mantenham atentos aos princípios, argumentos e precedentes que moldam as conexões.

É inegável a importância da doutrina no alcance de tais objetivos. É graças a ela que as transformações diuturnas da prática jurídica se tornam mais compreensivas e mais inclusivas, sendo louvável a contribuição da presente obra.

O leitor será surpreendido com a abordagem a temas atuais através de textos bem elaborados e que convidam-no a debate, reflexão, questionamentos e aprendizado. Em cada capítulo, tem-se a oportunidade de analisar questões complexas e desafiadoras do mundo jurídico contemporâneo.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2024

Renata Lourenço P. Abrão
Advogada, professora de curso de graduação e pós graduação, mestra em Direito Privado com bolsa *capes* e distinção cum laude pela PUC Minas, especialista em Direito Civil Aplicado, palestrante e autora de obras jurídicas.

AUTORES

André Luiz Vieira Oliveira

Bianca Hiromi Hama

Bruna da Silva Ramos

Ezequias Araújo Cunha

Gabriel Gomes da Luz

Gabriela Maciel Lamounier

Jéssica Amaral de Azevedo

João Luiz de Melo Bandeira

Matheus Oliveira Maia

Mayara Tayná Mendes Morais

Roney Pignaton da Silva

Samuel Júnio Muniz da Silva Oliveira

Sandro Tonini da Silva

Vitória Rodrigues Pereira de Souza

Wallace Fabrício Paiva Souza

SUMÁRIO

Fake news, mídia e democracia: uma análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet no PL 2.630/2020 em comparação ao Marco Civil da Internet 15

André Luiz Vieira Oliveira

Os impactos das *fake news* na sociedade..... 51

Bianca Hiromi Hama

A importância da doação de sangue e a inconstitucionalidade da restrição por homossexuais (ADI 5543) 77

Bruna da Silva Ramos

Compliance e governança de dados (programa de governança de dados)..... 99

Ezequias Araújo Cunha

Concessão de serviços públicos e a (in)constitucionalidade do Artigo 2º da Lei n. 9.074/1995 119

Gabriel Gomes da Luz, Matheus Oliveira Maia, Wallace Fabrício Paiva Souza

Damião Ximenes Lopes: a primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos 145

Gabriela Maciel Lamounier

Estudo das políticas públicas de enfrentamento da violência doméstica em Minas Gerais..... 161

Jéssica Amaral de Azevedo, Samuel Júnio Muniz da Silva Oliveira

Das abusividades praticadas pelas instituições financeiras nos contratos bancários197

João Luiz de Melo Bandeira

Possibilidade de indenização para criança devolvida durante o estágio de convivência no processo de adoção223

Mayara Tayná Mendes Moraes, Vitória Rodrigues Pereira de Souza

Aspectos da Lei Geral de Proteção De Dados (LGPD) para a implementação de uma política de privacidade e proteção de dados em uma instituição de ensino EAD..... 247

Roney Pignaton da Silva, Sandro Tonini da Silva

FAKE NEWS, MÍDIA E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO DE INTERNET NO PL 2.630/2020 EM COMPARAÇÃO AO MARCO CIVIL DA INTERNET

André Luiz Vieira Oliveira¹

RESUMO: A instrumentalização do impasse entre a liberdade de expressão e a democracia, em especial nos meios digitais, tornou-se o argumento comum dos grupos de extrema-direita para veiculação de notícias falsas que buscam semear o caos e angariar capital político. Dentro desse contexto fático, os conceitos de *merchandising* social e pânico moral ilustram os efeitos que as várias facetas do poder midiático têm sobre a opinião pública e sua capacidade de criar repercussões políticas, jurídicas e culturais, desse modo demonstrando o real impacto de uma notícia falsa veiculada pela internet. Tendo isso em mente, o questionamento sobre a efetividade do Marco Civil da Internet como fonte de resposta jurídica ao problema em questão se desenvolve em contraste ao texto do PL 2.630/2020, o qual pondera sobre formas mais eficazes de aplicar o instituo da responsabilidade civil aos casos de notícias falsas.

Palavras-Chave: *Fake news*; Mídia; Responsabilidade Civil; PL 2.630/2020; Marco Civil da Internet.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet na propagação das *fake news* como defesa do Estado Democrático de Direito em contraponto ao direito fundamental à liberdade de expressão, tendo como foco a

¹ Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Especialista em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: andrevieira.jus@outlook.com.

análise do Projeto de Lei 2.630/2020 em comparação ao Marco Civil da Internet, no que diz respeito a responsabilidade civil.

Pós-verdade, caos social e *fake news* são elementos terrivelmente comuns da vida atual em sociedade, as últimas duas décadas foram marcadas por um processo de dissociação coletiva entre a vida real e narrativas veiculadas em redes sociais. Assim, ao passo que uma parcela considerável da sociedade vai se afastando de uma visão mais objetiva e fática do mundo real, discursos inflamados e extremistas ganham força e plataforma por meio das *fake news*. Neste cenário, prolifera-se pelo mundo uma instabilidade política que põe em risco democracias e vai corroendo a ideia de coletividade. Consequentemente, a necessidade de uma resposta a esse problema tornou-se uma demanda política e social de caráter urgente. Entretanto, ocorre que tal reação, tendo em vista os atores da situação, acaba por necessitar equilibrar a liberdade de expressão, a neutralidade da rede e a própria democracia.

Isto posto, o que se pretende responder com o trabalho aqui exposto é como aplicar a responsabilidade civil na ocorrência das *fake news* sem incorrer no desequilíbrio entre o Estado Democrático de Direito e o direito fundamental à liberdade de expressão.

Dentro destes parâmetros, a fim de nortear a pesquisa, levantam-se duas hipóteses acerca do tema, são elas: 1) o disposto no Marco Civil da Internet é suficiente para uma responsabilização ideal para a propagação das *fake news*, sendo desnecessária a existência do PL 2.630/2020; 2) o disposto no Marco Civil da Internet é insuficiente para uma responsabilização ideal para a propagação das *fake news*, sendo o disposto no PL 2.630/2020 necessário e complementar.

Assim sendo, coloca-se como objetivo geral deste artigo analisar a melhor forma de responsabilização civil ante a propagação de notícias falsas de modo a combater os males que estas causam ao tecido sociopolítico.

Para tanto, cabe, no capítulo 1, investigar a natureza e os impactos das *fake news* na democracia, tendo como exemplo prático o escândalo de dados *Facebook-Cambridge Analytica* e refletindo também sobre o argumento de um direito fundamental à liberdade de

expressão absoluto. Sendo necessário, no capítulo 2, entender o papel da mídia no processo democrático, bem como sua funcionalidade no âmbito sociopolítico, tendo como meio facilitador os conceitos de *merchandising* social e pânico moral. Caberá ainda, no capítulo 3, ponderar sobre os dispositivos legais atualmente vigentes sobre a responsabilidade civil dos Provedores de Aplicação de Internet presentes no Marco Civil da Internet realizando uma comparação com o proposto pelo Projeto de Lei 2.630/2020.

O presente tema é dotado de relevância, vez que se debruça sobre um tema de crescente urgência na atualidade, no estado atual das coisas, as *fake news* tornaram-se a regra de *modus operandi* para certos grupos da sociedade com ideias nocivas para toda a coletividade. Mais do que isso, o tamanho de tal problema foi inflacionado intencionalmente para beneficiar grupos específicos, casos como o do *Facebook-Cambridge Analytica* são indicadores claros disso. Desse modo, é dessa urgência que surge a contribuição do presente trabalho, vez que, dela nasceu o PL 2.630/2020, o qual o trabalho aqui construído se ocupa em analisar, ainda que uma única parte, observando se há uma real razão de ser do mesmo e os possíveis melhoramentos ou retrocessos que a sua aprovação pode ocasionar.

O surgimento do tema se dá em um primeiro momento como uma das quatro opções de temas apresentados pela coordenação da pós-graduação do curso de Direito do Uso e Proteção de Dados para os trabalhos de conclusão do curso. Paralelamente, os elementos que compõe o presente tema foram bastante comentados ao longo do curso, como, por exemplo, o caso do escândalo de dados do *Facebook-Cambridge Analytica*, e despertaram profundo interesse justamente por levantarem questões acerca da moralidade do uso da tecnologia em determinadas questões sociopolíticas.

Assim sendo, no que tange a sua metodologia, o presente trabalho adota a abordagem qualitativa, vez que se debruça sobre o fenômeno das *fake news*, seus mecanismos e repercussões na sociedade, tendo natureza básica, por não ter uma aplicação prática prevista, e objetivos exploratórios e descritivos, além disso, em termos

de procedimento técnico, a pesquisa se vale da revisão bibliográfica e análise documental, pois busca construir em cima da literatura atinente ao tema, bem como a jurisprudência do STF, legislações do ordenamento jurídico pátrio e projetos de lei.

1. FACEBOOK-CAMBRIDGE ANALYTICA E O PROBLEMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ABSOLUTA

1.1 FAKE NEWS: CONCEITO E PROBLEMÁTICA

O fenômeno das *fake news* não é necessariamente recente na sociedade moderna, a ideia de sátiras e paródias que se valem de inverdades, absurdismos e exageros para formular críticas e denunciar questões sociais está presente por toda história, até hoje jornais satíricos como o Sensacionalista, no Brasil, o estadunidense *The Onion* e o francês *Le Gorafi* fazem uso desse tipo de técnica literária em suas matérias. Contudo, o formato e o uso são sim novidades, a utilização de mentiras para capitalizar a atenção do público, inclusive para fins políticos, vem crescendo exponencialmente e encontra cada vez mais ferramentas para forjar realidades paralelas.

Conforme dito, o que torna uma notícia falsa preocupante é justamente o seu teor político. Nesse sentido, Carvalho e Kanfer oferecem o seguinte entendimento:

Com efeito, as *fake news* correspondem a uma espécie de “imprensa marrom” (ou *yellow journalism*), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, sempre com a intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira (mediante receitas oriundas de anúncios), seja política ou eleitoral. (CARVALHO; KANFER, 2018, p. 28)

Assim sendo, é possível considerar que a natureza manipulativa e o ímpeto de adquirir vantagem em um contexto social são pontos

fundamentais para caracterizar uma notícia falsa e discerni-la de coisas como sátiras e paródias. Tendo isso em mente, o principal exemplo do impacto que tal mal pode causar ao tecido democrático se apresenta no escândalo de dados do *Facebook-Cambridge Analytica*.

1.2 CASO EM TELA: ESCÂNDALO DE DADOS DO FACEBOOK-CAMBRIDGE ANALYTICA

A vitória de Donald Trump nas eleições presidenciais dos EUA e o resultado do plebiscito que decidiu pela saída do Reino Unido da União Europeia, comumente referido como *Brexit*, ambos ocorridos em 2016, encontram um nexu na atuação da empresa de consultoria política *Cambridge Analytica*.

Tal conexão se delineia da seguinte forma. Segundo uma série de reportagens do jornal britânico *The Guardian* (2018), como resultado dos esforços do professor de psicologia Aleksandr Kogan, com o incentivo do chefe executivo da *Cambridge Analytica*, Alexander Nix, os dados de aproximadamente 87 milhões de usuários do *Facebook* foram coletados por meio do aplicativo *thisisyourdigitallife* de forma indevida. Em síntese, o aplicativo, que atuava como um teste de personalidade, foi disseminado inicialmente para 320 mil eleitores estadunidenses e usuários da rede social, que receberam como contrapartida US\$ 2-5 para participar, a partir disso, o aplicativo colhia e tratava os dados não apenas dos indivíduos que se submeteram ao teste, mas também de toda sua rede de amigos.

Nesse sentido, o *The Guardian* expõe que

Os usuários pagos assinaram termos e condições, incluindo a coleta dos seus dados, e os termos padrão do Facebook possibilitaram a coleta dos dados dos seus amigos por um aplicativo, a menos que eles tivessem alterado suas configurações de privacidade. Contudo, nenhum deles concordou com a possibilidade de seus dados serem usados para

criar uma ferramenta de marketing político ou para serem colocados em um vasto banco de dados para campanhas. (THE GUARDIAN, 2018, tradução nossa)²

Em posse desses *shadow profiles*, termo utilizado para definir “informações que não foram fornecidas, mas coletadas através de um consentimento viciado do usuário” (ALMEIDA, 2019, p.38), a *Cambridge Analytica* passou a perfilar essas informações, de modo a construir categorias de indivíduos, identificando assim aqueles que eram mais influenciáveis.

Dessa maneira, Brittany Kaiser, ex-diretora de desenvolvimento de negócios da *Cambridge Analytica*, descreve esse procedimento da seguinte forma:

Lembra dos questionários do Facebook que formavam modelos de personalidade dos eleitores americanos? A verdade é que não focávamos em todos os eleitores americanos por igual, a maior parte dos nossos recursos ia para focar naqueles que ainda poderíamos fazer mudar de ideia, os chamávamos de ‘os persuasíveis’. [...] Nossa equipe criativa criava conteúdos personalizados para engatilhar esses indivíduos, os bombardeávamos através de blogs, artigos em páginas, vídeos, anúncios, toda plataforma que você pode imaginar, até eles virem o mundo do jeito que a gente queria que eles vissem, até eles voltarem no nosso candidato. É como um bumerangue, você envia o seu dado, ele é analisado e ele volta pra você com mensagens focadas pra mudar o seu comportamento. (KAISER *apud* THE Great Hack, 2019)

² No original: “The paid test-takers signed up to T&Cs, including collection of their own data, and Facebook’s default terms allowed their friends’ data to be collected by an app, unless they had changed their privacy settings. But none of them agreed to their data possibly being used to create a political marketing tool or to it being placed in a vast campaign database.”

Continuamente, Christopher Wylie, ex-diretor de pesquisa da *Cambridge Analytica*, oferece o seguinte parecer sobre tal conjuntura

Foi um experimento muito antiético, você está mexendo com o psicológico de um país inteiro sem o consentimento ou ciência dele e você só não está mexendo com o psicológico de uma nação inteira, você está mexendo com o psicológico de uma nação inteira no contexto do processo democrático. (WYLIE *apud* THE Great Hack, 2019)

Dessa forma, considerando o narrado, é possível observar o potencial danoso das *fake news* para as sociedades democráticas. É importante ainda pontuar que as consequências dos atos da *Cambridge Analytica* são sentidas até hoje, o uso de notícias falsas como instrumento político se tornou uma preocupação diária da sociedade, contribuindo para a radicalização de indivíduos e culminando em eventos como a invasão do Capitólio dos EUA em 6 de janeiro em 2021.

Ocorre, entretanto, que apesar da natureza contraproducente das *fakes news* para o debate democrático e de casos como o citado existirem como advertências, surgiu como contraponto ao combate a notícias falsas e ao discurso de ódio o argumento de cerceamento ao direito à liberdade de expressão.

1.3 DEMOCRACIA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.3.1 SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental que se apresenta de forma multifacetada, dentro dele estão abarcadas uma série de outras liberdades como a liberdade de criar, de pensar, de expressar ideias, paixões.

Historicamente, tal direito surge como parte da primeira geração de direitos humanos, aqueles ditos como direitos “negativos”,

ou seja, direitos que cobram do Estado uma postura permissiva e não intervencionista, direitos que existem com o ideal de proteger a individualidade de posturas tirânicas, de modo mais assertivo, Ramos vai qualificar a primeira geração como aquela que

(...) engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também “direitos de defesa”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano. (RAMOS, 2017, p. 53)

Essa primeira leva de garantias fundamentais nasce tendo como contexto as revoluções ocorridas no século XVIII que visavam fazer frente as monarquias absolutistas.

Desse modo, observa-se que

Essas revoluções visavam restringir o poder absoluto do monarca, impingindo limites à ação estatal. [...] O papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras. (RAMOS, 2017, p. 53)

Em continuidade, o direito brasileiro, no momento pós-ditadura militar de 1964, constitucionalizou a liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 postulando, dentre outros dispositivos, que:

Art. 5º [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

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; [...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988).

Com isso em mente, tendo em vista os temas tratados no presente artigo, é necessário ainda pontuar a natureza fundamental da liberdade de expressão para o uso da internet no Brasil. No Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) tal direito é colocado como fundamento da vida no meio digital, bem como a sua garantia um princípio para a disciplina de tal, vide:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...]

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; (BRASIL, 2014)

Desse modo, o direito à liberdade de expressão coloca-se como parte do processo de construção de um ambiente democrático plural em opiniões contrapondo-se a tiranias e anseios de hegemonizar o ideário social. Contudo, apesar de tratar-se de um direito onde o

Estado se propõe a adotar uma postura passiva, é preciso reconhecer a existência de limitações ao seu exercício. É nesse contexto onde se ambienta a discussão sobre o cerceamento ou não da liberdade de expressão no caso das *fake news*.

1.3.2 FAKE NEWS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

Conflitos entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais não são algo novo, talvez pela própria ideia e histórico que rodeia tal direito. O equívoco da existência de um direito de natureza absoluta parece ser parte do senso comum e tem servido como um argumento conveniente para indivíduos alinhados com ideias de extrema-direita.

Sobre isso, o ensaísta Guiliano Da Empoli, ao narrar o caso *GamerGate*³ e a participação Milo Yiannopoulos, jornalista defensor de ideais de extrema-direita, nele, vai configurar o uso da ideia de liberdade de expressão por esses indivíduos da seguinte forma:

Seja o que for, Yiannopoulos compreende que o Gamergate é um imenso movimento sem rosto e decide se tornar esse rosto. Começa a espalhar que, nessa história, as verdadeiras vítimas não são Quinn e outros desenvolvedores e jornalistas, quase todos mulheres, apesar de terem sido alvos de milhares de insultos e ameaças. Não, as verdadeiras vítimas são eles mesmos, os trolls, esses guerreiros contemporâneos que se batem contra a censura progressista em nome da liberdade de expressão que, para Milo, deve ser absoluta. “Há um exército de programadoras e de ativistas feministas psicopatas”, escreve, “protegidas por blogueiros escravos do

3 De acordo com matéria publicada na Revista Época, escrita por Isabella Carrera e Rafael Ciscati (2014), foi um movimento ocorrido em 2014 que perpetuou e incentivou ataques misóginos, por meio de redes sociais, contra mulheres da indústria de vídeo games.

politicamente correto, que procura tomar conta da cultura dos videogames.” Nada mais normal, assim, que, diante de uma ofensiva desse gênero, os gamers procurem se defender. (EMPOLI, 2019, p. 71-72)

Importante, entretanto, notar que há uma questão cultural e jurídica no debate em foco. Freitas, ao tecer explicações sobre as diferentes gerações dos direitos humanos, vai observar que

Em relação ao conteúdo de cada geração vale lembrar que determinadas sociedades, mesmo se afirmando democráticas, enfatizam prioridades ou simplesmente recusam certos direitos — o que já compromete a “universalidade”. **Os liberais conservadores, por exemplo, apegam-se aos direitos da primeira geração e denunciam sua violação por parte dos regimes autoritários, mas sempre tiveram sérias dificuldades para aceitar, como direitos fundamentais, os de segunda geração, os direitos sociais.** Até hoje os Estados Unidos, enquanto Estado, recusam tal associação — o que explica, em parte, a ênfase americana na expressão “direitos civis” e não “direitos humanos” — e, em decorrência, excluem as prestações positivas no campo social, como saúde e previdência, por exemplo, no velho estilo hoje renomeado, entre nós, de neoliberal. (FREITAS, 2004, p. 287, grifo nosso)

Dessa forma, o atrito entre a liberdade de expressão e a democracia, ou qualquer outro fundamento ou direito fundamental, passa a ter uma mutabilidade territorial, cada vertente jurídica vai eleger suas prioridades. No Brasil, por sua vez, tal discussão é juridicamente natimorta, já em 2004, no julgamento do HC 82.424/RS, o Supremo Tribunal Federal postulou o seguinte entendimento sobre o debate acerca de extensão da liberdade de expressão:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 52, § 22, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que **um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas**, como sucede com os delitos contra a honra. **Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** (STF, 2003, grifo nosso).

De lá para cá, o entendimento do STF segue imaculado, decisões proferidas no ARE 891.647, julgado em 2015, na PET 9068 e na PET 9412, ambas julgadas em 2021, são exemplos disso. Tais julgados preconizam a necessidade de ponderação no exercício do direito de liberdade de expressão, aduzindo inclusive que este

embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição [...]. (STF, 2015)

Neste sentido, é fácil perceber que o arcabouço jurídico brasileiro, ao menos até o presente momento, não comporta a ideia de liberdade de expressão da mesma forma que países como os Estados Unidos. Contudo, o conflito entre o direito à liberdade de expressão e a democracia não é discussão puramente jurídica, há nela uma

necessidade de diálogo interdisciplinar e é nessa interdisciplinaridade que surge a figura da mídia.

2. A MÍDIA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: O MERCHANDISING SOCIAL E O PÂNICO MORAL

A ideia de mídia compreende, basicamente, toda forma atual de comunicação da sociedade, seus meios e também seu conteúdo. Nesse contexto, a mídia é inevitável na vida moderna e sua presença acontece das mais variadas formas.

Em seu livro *American Gods*, Neil Gaiman apresenta um panteão de divindades conhecidos como “novos deuses”, esses encarnam os avanços tecnológicos, as paranoias e as ansiedades da modernidade, sendo a Mídia parte do grupo. Para o autor, a Mídia é a comunicação encarnada, uma personificação de narrativas e opiniões do imaginário popular, sendo a porta-voz de seu panteão e se apresentando, de forma até metalinguística, na forma de personagens da cultura pop como Marilyn Monroe e Lucy Ricardo. Dessa forma, em sua primeira aparição na história, a personagem se apresenta da seguinte forma:

- Quem é você? – perguntou Shadow.
- Certo. Boa pergunta. Eu sou a mãe dos idiotas. Sou a televisão. Sou o olho que tudo vê, sou o mundo do raio catódico. Sou a expositora de tetas. O pequeno altar em torno do qual a família se reúne para louvar.
- Você é a televisão? Ou é alguém dentro da televisão?
- A televisão é o altar. Eu sou a entidade para quem as pessoas fazem sacrifícios.
- O que eles sacrificam?
- O tempo de vida, principalmente – respondeu Lucy.
- Às vezes, umas às outras. (GAIMAN, 2016, p.173)

Nesse sentido, Neil Gaiman estabelece a ideia de mídia como uma entidade panóptica, um aparato que brinca com narrativas,

significados e opiniões. Para Gaiman, a personificação da mídia é onipresente e onisciente, onipresente, pois é uma amálgama de tudo que é consumido pela sociedade através meios de comunicação, seja para o lazer ou para se informar, e oniscientes porque conhece todos os gostos e preferências e, mais do que isso, os molda.

Partindo dessa alegoria é possível intuir que a mídia existe como fator social que personifica a opinião pública, o fluxo de consciência da sociedade.

Nesse sentido, Venício A. de Lima (*apud* Cruz) caracteriza a mídia como

o conjunto das instituições que utilizam tecnologias específicas para realizar a comunicação humana. [...]. A comunicação passa, portanto, a ser uma comunicação midiaticizada, este é um tipo específico de comunicação, realizada através de instituições que aparecem tardiamente na história da humanidade e constituem-se em um dos importantes símbolos de modernidade. (LIMA *apud* CRUZ, 2011, p. 36-37)

O autor observa ainda em seu conceito que duas características podem ser notadas na comunicação midiaticizada, sendo elas a “unidirecionalidade e a produção centralizada, integrada e padronizada de seus conteúdos” (LIMA *apud* CRUZ, 2011, p. 37).

Por sua vez, dentro processo democrático, se constata no poder midiático a habilidade de criar comoção e engajamento político em torno de assuntos e acontecimentos. Assim, dois fenômenos ilustram de forma interessante esse papel:

a) *Merchandising* Social

Exibida pela TV Globo no ano de 2003, a novela *Mulheres Apaixonadas*, de autoria de Manoel Carlos, foi responsável por impulsionar uma série de discussões na sociedade. Ao abordar questões como a violência contra idosos, contra mulheres e a violência

com armas de fogo, a história foi capaz de direcionar a atenção do público para esses problemas e, mais do que isso, pressionar a atuação do poder público.

Um exemplo dos efeitos desse ativismo é o Estatuto da Pessoa Idosa. Durante o ano de sua exibição, a novela impulsionou o combate à violência sofrida por idosos, ocasionando um aumento de 85% no número de denúncias entre janeiro e setembro de 2003 em relação ao ano anterior (BERGAMIM JÚNIOR, 2003).

À época, as autoridades atribuíram o *boom* de denúncias ao folhetim comentando o seguinte:

Acho que realmente incentiva. A novela mostra uma situação grave e alerta as pessoas para denunciarem os problemas à sua volta”, afirmou a delegada titular da 1ª Delegacia de Defesa da Mulher da capital, Maria Teresa Gonçalves Rosa.

A grande exposição desses exemplos na mídia, incluindo o papel da imprensa, é importante para que as pessoas busquem ajuda e denunciem”, disse o secretário-executivo do Instituto São Paulo Contra a Violência, Paulo de Mesquita. (BERGAMIM JÚNIOR, 2003)

Com tamanho impacto, na reta final da narrativa (que viria a se encerrar em 10 de outubro de 2003), o PL 3.561/1997, após um trâmite de 6 anos, foi promulgado em 01 de outubro de 2003, tornando-se a Lei n.º 10.741, o Estatuto da Pessoa Idosa. O diploma legal trouxe uma série de direitos além de instituir um dever de cuidado comunitário e social dos cidadãos idosos.

Sendo inegável a contribuição de Mulheres Apaixonadas para a aprovação do Estatuto, Regiane Alves, atriz que interpretou a vilã Dóris, personagem autora das agressões contra seus avós na trama, relembra do impacto social de sua personagem da seguinte forma:

A questão dos idosos, por exemplo, era um assunto tabu na época. A população estava vivendo mais tempo e o cuidado com os pais estava cada vez mais sendo relegado aos filhos. Ninguém sabia bem o melhor jeito de agir nessa situação. Aí na novela apareceu uma adolescente inconformada por ter que dividir o seu espaço falando barbaridades. Todo mundo começou a tocar no assunto, que era velado. Fui até para Brasília falar sobre isso e o Estatuto do Idoso foi criado naquela época. Extrapolou o entretenimento. (ALVES *apud* ANTUNES, 2020)

O caso entre Mulheres Apaixonadas e o Estatuto da Pessoa Idosa ilustra com perfeição o conceito de *merchandising* social.

Para Anna Maria Balogh, o fenômeno mencionado caracteriza-se da seguinte forma:

No *merchandising* social e político, ator e personagem se entrelaçam como porta-vozes privilegiados de problemas sociais e políticos mais prementes no momento da emissão dos programas. A novela, por sua enorme extensão, por sua cotidianidade em termos de frequência e por sua porosidade em termos de estrutura, constitui o formato ideal para todo esse tipo de inserções. E, é claro, nelas o real e o ficcional estão se confundindo sempre. Comportamentos de consumo e de cidadania estão sendo ditados no interior do universo ficcional por diferentes tipos de *merchandising*.

Assim sendo, há um gradual esborramento das fronteiras, no pretérito bem mais precisas, entre o que é ficcional e real, entre o que é ficcional e informativo. (BALOG, 2002, p. 38)

Tendo isso em mente, é possível entender o *merchandising* social como um fenômeno de tangenciamento entre a ficção e a realidade,

assim problemas reais munificam o enredo de obras ficcionais que, ao retratá-los, materializam respostas efetivas no mundo real. Nesse sentido, como já dito, *Mulheres Apaixonadas* fornece um ótimo exemplo para esse processo, uma mazela social, até aquele momento pouco visada, ganha um holofote que não apenas chama a atenção do espectador, mas também o instrui sobre como reagir na ótica do bem social. Para além disso, o folhetim em questão ainda se sobressai nesse quesito por transcender a esfera da opinião pública e adentrar a discussão legislativa.

Assim sendo, o exemplo apresentado e o conceito de *merchandising* social colocam a mídia em uma posição educativa e moralizante direcionada à opinião pública e que, por vezes, ganha tamanha força a ponto de criar repercussões legais no ordenamento jurídico pátrio.

b) Pânico Moral

Um segundo exemplo da relação entre mídia, sociedade e política é o conceito de pânico moral. O tema é abordado por Stanley Cohen em seu livro *“Folk Devils and Moral Panics”* (em tradução livre “Demônios Populares e Pânicos Morais”), nele o sociólogo define a natureza do tópico em discussão, bem como as repercussões de uma sociedade afligida por um sentimento de pânico moral.

Inicialmente, quando o autor apresenta a temática de seu estudo, ele o faz postulando que

Sociedades aparentam sujeitar-se, de tempos em tempos, a períodos de pânico moral. Uma condição, episódio, pessoa ou grupo surge e passa a ser definido como uma ameaça aos valores e interesses sociais; [...]. Às vezes, o objeto do pânico é algo completamente novo e, outras vezes, é algo que já existe há bastante

tempo, mas se torna o centro das atenções de repente.
(COHEN, 2011, p.1)⁴

Nessa senda, Cohen (2011, p.9) vai ainda qualificar que a ocorrência do pânico moral se dá como um processo. Esse ocorre da seguinte forma: 1) o surgimento do objeto de estranhamento social atrai para ele um holofote e conseqüentemente inicia-se uma campanha por parte dos meios de comunicação de massa que foca em pintar uma representação caricata e estereotipada para o público; 2) com isso, membros da sociedade de fundo conservador (figuras religiosas, atores políticos, membros da mídia, etc.) ocupam-se de inflamar a opinião pública contra o fato, assim principiando uma cruzada moral; 3) nesse estado, as opiniões de especialistas com reconhecimento social passam a ser requisitadas, esses apresentam diagnósticos e soluções para o que agora é visto como um problema, essas soluções, novas ou velhas, são tomadas com um certo desespero; 4) assim, passadas todas essas etapas, a causa do pânico moral tende a desaparecer novamente, sumindo dos olhos da sociedade, expurgada, assimilada ou simplesmente esquecida.

Contudo, no que tange a extinção do pânico moral, esta não apaga as reações e movimentações da sociedade, de modo que uma vez ocorrido,

Às vezes, o pânico passa e é esquecido, exceto no folclore e na memória coletiva; outras vezes suas repercussões são mais graves e duradouras e podem produzir mudanças como as de ordem política, jurídica e social ou mesmo da forma como a sociedade concebe a si mesma. (COHEN, 2011, p.1)⁵

4 No original: *Societies appear to be subject, every now and then, to periods of moral panic. A condition, episode, person or group of persons emerges to become defined as a threat to societal values and interests; [...]. Sometimes the object of the panic is quite novel and at other times it is something which has been in existence long enough, but suddenly appears in the limelight.*

5 No original: *Sometimes the panic passes over and is forgotten, except in folklore and collective memory; at other times it has more serious and long-lasting repercussions and*

Nesse sentido, com maior familiaridade com o conceito de pânico moral, é possível notar que a mídia possui um papel fundamental no processo de instalação do sentimento de medo na sociedade.

Assim, nessa perspectiva, Cohen pontua que

Nas sociedades industriais, **o corpo de informações a partir do qual tais ideias são construídas é invariavelmente recebido em segunda mão.** Ou seja, chega já processada pelos meios de comunicação social e isso significa que a informação foi sujeita a definições alternativas sobre o que constitui “notícia” e como esta deve ser colhida e apresentada. **A informação é ainda estruturada pelas diversas restrições comerciais e políticas em que operam os jornais, a rádio e a televisão.**

O estudante do empreendedorismo moral não pode deixar de prestar uma atenção especial ao papel dos meios de comunicação em massa na definição e configuração dos problemas sociais. **Os meios de comunicação social têm operado durante muito tempo como agentes de indignação moral por sua própria natureza: mesmo que não estejam conscientemente empenhados em cruzadas ou em escândalos, a própria reportagem de certos “fatos” pode ser suficiente para gerar preocupação, ansiedade, indignação ou pânico.** Quando esses sentimentos coincidem com a percepção de que certos valores precisam ser protegidos, estão presentes os pré-requisitos para criação de novas regras ou para configuração de um problema social. (COHEN, 2011, p.9-10, grifo nosso)⁶

might produce such changes as those in legal and social policy or even in the way the society conceives itself.

6 No original: *In industrial societies, the body of information from which such ideas are built, is invariably received at second hand. That is, it arrives already processed by the mass media and this means that the information has been subject to alternative definitions of what constitutes ‘news’ and how it should be gathered and presented. The information is further structured by the various commercial and political constraints in which newspapers, radio and television operate.*

Dessa forma, a mídia é colocada dentro do cenário do pânico moral como principal vetor para propagação do sentimento de medo que enseja a postura combativa da sociedade. Indiscutivelmente, é possível argumentar que tal sentimento e o ímpeto de repeli-lo são ambos fabricados por indivíduos que representam agendas políticas mais conservadoras e reacionárias, por outro lado, a presença da mídia propagando as opiniões e informações que convém seus próprios interesses e consequentemente moldando a opinião pública são uma constante inegável.

Acrescentando a tal entendimento, Cohen observa que

Os meios de comunicação de massa, de fato, dedicam grande parte do seu espaço para anomalias: crimes sensacionalistas, escândalos, acontecimentos bizarros e estranhos. [...] Isso não é apenas por entretenimento ou para satisfazer algum tipo de necessidade psicológica por identificação ou punição vicária. Tais “notícias”, como Erikson e outros argumentam, são a maior fonte de informação sobre os contornos normativos de uma sociedade. Elas nos informam sobre o certo e o errado, sobre os limites além dos quais não se deve aventurar e sobre as formas que o diabo pode assumir. A galeria de tipos folclóricos - heróis e santos, bem como loucos, vilões e demônios - é divulgada não apenas na tradição oral e no contato direto, mas para públicos muitos maiores e com recursos dramáticos mais apelativos. (COHEN, 2011, p.10-11, grifo nosso)⁷

The student of moral enterprise cannot but pay particular attention to the role of the mass media in defining and shaping social problems. The media have long operated as agents of moral indignation in their own right: even if they are not self-consciously engaged in crusading or muck-raking, their very reporting of certain ‘facts’ can be sufficient to generate concern, anxiety, indignation or panic. When such feelings coincide with a perception that particular values need to be protected, the preconditions for new rule creation or social problem definition are present.

7 No original: The mass media, in fact, devote a great deal of space to deviance: sensational crimes, scandals, bizarre happenings and strange goings on. [...] This is not just for entertainment or to fulfil some psychological need for either identification or vicarious punishment. Such ‘news’ as Erikson and others have argued, is a main source of information

Dessa forma, o conceito de pânico moral ajuda a perceber uma faceta interessante da mídia: a figura de um corpo midiático que canaliza forças e recursos para transmitir a população lições sobre desvios do comportamento socialmente esperado e suas consequências e para disseminar e amplificar os sentimentos que alimentam um pânico moral com a intenção de ocasionar reações em resposta a origem do pânico.

Nesses termos, impossível não notar que, de certa forma, *merchandising* social e pânico moral são fenômenos quase idênticos. Em ambos os casos, há uma questão social, via de regra uma minoria social ou uma causa social, que ganha um holofote na mídia, a divergência nos fenômenos pode ser notada pela natureza do holofote lançado, no pânico moral a atenção dada tem um tom estereotipador, beligerante e maniqueísta, enquanto no *merchandising* social há um esforço conscientizador que busca sensibilizar o público para um problema social.

Há, contudo, um fato de convergência que diz respeito aos efeitos/objetivos de ambas as ocorrências: o esforço para gerar impacto dentro do tecido social, seja ele nos costumes, na política ou na legislação, desse modo, com todo o exposto, nota-se que a mídia tem um papel fundamental dentro processo democrático pela sua instrumentalidade no convencimento da população, os meios de comunicação podem incentivar a massa a lutar por direitos civis ou podem iniciar cruzadas morais, tudo depende do interesse dos indivíduos que detém o controle de tais meios.

about the normative contours of a society. It informs us about right and wrong, about the boundaries beyond which one should not venture and about the shapes that the devil can assume. The gallery of folk types – heroes and saints, as well as fools, villains and devils – is publicized not just in oral tradition and face-to-face contact but to much larger audiences and with much greater dramatic resources.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO MARCO CIVIL NA INTERNET E NO PL 2.630/2020: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Compreender os conceitos de *merchandising* social e pânico moral possibilita vislumbrar uma ideia sobre o papel da mídia dentro do tecido social, contudo, na atualidade, o alcance e a capacidade de difusão dos meios de comunicação aumentaram exponencialmente com as redes sociais, de modo que o ato de engajar indivíduos se tornou muito mais fácil e rápido.

Nesse contexto, as notícias falsas adicionam um elemento explosivo nessa equação, isto é, sua concepção na origem é a de causar choque e provocar reações extremas focadas em gerar engajamento digital e social, tornando-se assim matéria-prima para ciclos de pânico moral mais frequentes e recorrentes. Além disso, muito comumente, o teor de tais *fake news* pode ser tipificado como calunioso, injurioso ou difamatório, atingindo grupos ou pessoas específicas, sendo inegável a possibilidade de responsabilização cível e criminal dos autores e propagadores desse tipo de conteúdo.

Dessa forma, notável dizer que a punição do cidadão médio autor e propagador de *fake news* tem o seu valor, contudo, a questão mais inquietante observada ao longo do presente artigo é que o fluxo de *fake news* dentro das plataformas de redes sociais tem valor monetário e político.

Nesse sentido, o repórter Max Fisher opina o seguinte:

Não acho que seja um esforço deliberado no Vale do Silício, mas ao desenhar sistemas que buscam o que mais engaja a atenção das pessoas, o mais efetivo é o ódio, o nós versus eles, as conspirações paranoicas. É o pensamento que diz que o meu grupo está sendo ameaçado por outro grupo assustador que precisamos enfrentar. E isso se alinha a políticas de extrema direita. (PORTO, 2023)

De forma complementar, o Laboratório de Estudos de Internet e Redes Sociais (NetLab, 2022) da Universidade Federal do Rio de Janeiro realizou estudo, durante as eleições de 2022, auferindo uma inclinação do algoritmo do YouTube para recomendar conteúdo alinhado a extrema-direita a seus usuários, em especial o canal da Jovem Pan, veículo midiático com histórico de disseminação de notícias falsas.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, adota o sistema de *notice and takedown* (em tradução livre, notificação e retirada) como norte para a responsabilização dos Provedores de Aplicação de Internet (PAI)⁸. Isso significa dizer que a responsabilidade civil de tais entes está condicionada, nos termos do caput do artigo 19 e parágrafo 1º do diploma legal supramencionado, ao envio de ordem judicial, que deverá conter “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, e ao descumprimento de tal ordem, sendo este ainda avaliado “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado” (BRASIL, 2014).

Ato contínuo, observa-se no artigo 21 do Marco Civil da Internet uma exceção a necessidade da ordem judicial, ainda mantendo a lógica de notificação e retirada, esta vai ser substituída por uma notificação da vítima/participante ou seu representante legal, nos moldes mencionados anteriormente, sendo isto cabível nos casos em que houver “violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” (Ibidem).

Retornando ao artigo 19 do Marco Civil da Internet, importante também notar que o mesmo apresenta uma justificativa para a adoção do sistema de notificação e retirada, a liberdade de expressão. Está, conforme já discorrido, apesar de ser um direito fundamental, não é

⁸ Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos. (Ceroy, 2015, p.2-3)

absoluta e, conforme entendimento já exposto do STF (Brasil, 2003), não pode ser invocado como proteção na prática de condutas ilícitas.

Assim, é na vigência dos ditames do Marco Civil da Internet sobre a responsabilidade civil dos Provedores de Aplicação de Internet, no contexto social e político de constantes *fake news* circulando pelas redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e afins e na inabilidade do sistema de *notice and takedown* em apresentar respostas compatíveis a velocidade que as notícias falsas se espalham que surge o PL 2.630/2020, trazendo alterações ao formato de imputação da responsabilidade dos PAI e postulando obrigações para esses entes.

3.1 PL 2.630/2020: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO E A OBRIGAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO

O Projeto de Lei n.º 2.630, de 2020, é de autoria do Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE) e se propõem a legislar sobre a transparência e a responsabilidade nas redes sociais e nos serviços de mensagens instantâneas, dando especial ênfase a questão das notícias falsas e a responsabilidade dos provedores de aplicação na sua disseminação. Atualmente, o projeto encontra-se na Câmara dos Deputados tramitando com texto substitutivo ao PL original, tendo sido retirado de pauta com o intuito de permitir que haja uma maior discussão sobre a matéria.

Dessa forma, o PL vai trazer em seu Capítulo II uma série de disposições sobre a responsabilidade dos PAI, de modo a permitir alguns *insights* sobre o tema. Inicialmente, é precioso observar o art. 6º, nele o legislador vai se ocupar em ampliar as hipóteses de responsabilidade postuladas nos art. 19 do Marco Civil da Internet (inclusive, já nas Disposições Finais do PL, o art. 55 vai propor a inclusão de um quinto parágrafo ao art. 19 da Lei nº 12.965/2014 para caracterizar o disposto no art. 6º do PL como exceções à hipótese de responsabilidade disposta no artigo da lei citada).

Nesse sentido, o art. 6º do PL vai dispor o seguinte:

Art. 6º Os provedores podem ser responsabilizados civilmente, de forma solidária:

I – pela reparação dos danos causados por conteúdos gerados por terceiros cuja distribuição tenha sido realizada por meio de publicidade de plataforma; e
II – por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros quando houver descumprimento das obrigações de dever de cuidado, na duração do protocolo de segurança de que trata a Seção IV. (BRASIL, 2020)

Assim, os incisos I e II vão propor duas novas formas/possibilidades de responsabilização das redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e semelhantes. A primeira estabelece uma diretriz clara no que diz respeito aos atos ilícitos distribuídos pelos instrumentos de publicidade das próprias plataformas, quanto a isso não há muito o que discorrer sobre. Ato contínuo, o inciso II traz elementos ainda mais interessantes para a discussão, isto pois o inciso institui um dever de cuidado *sui generis* entre os PAI e o conteúdo circulado nas plataformas que vai ser o fator originário da responsabilidade, esse dever de cuidado vai recair em dois âmbitos distintos, porém complementares.

No primeiro âmbito observa-se a imposição de um dever de vigilância para com os próprios mecanismos do sistema da plataforma, tendo assim um teor mais interno voltada para a concepção e funcionamento dos serviços, aplicativos e funcionalidades do PAI. Nesse sentido, o caput do art. 7º do PL 2.630/2020 vai dizer o seguinte:

Art. 7º Os provedores devem identificar, analisar e avaliar diligentemente os riscos sistêmicos decorrentes da concepção ou do funcionamento dos seus serviços e dos seus sistemas relacionados, incluindo os sistemas algorítmicos. (BRASIL, 2020)

Continuamente, o § 2º ao art. 7º do PL, busca clarificar o mínimo que deve ser feito para o cumprimento da obrigação de cuidado ao instituir um rol de riscos básicos que devem ser observados no funcionamento do sistema do PAI, assim o texto legal expor o que segue:

Art 7º [...]

§ 2º A avaliação abrangerá especificamente em cada um dos serviços dos provedores e considerará os riscos sistêmicos, tendo em conta a sua gravidade e probabilidade de ocorrência, e incluirá, no mínimo, a análise dos seguintes riscos:

I - a difusão de conteúdos ilícitos no âmbito dos serviços de acordo com o caput do art. 11;

II - à garantia e promoção do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa e ao pluralismo dos meios de comunicação social;

III - relativos à violência contra a mulher, ao racismo, à proteção da saúde pública, a crianças e adolescentes, idosos, e aqueles com consequências negativas graves para o bem-estar físico e mental da pessoa;

IV - ao Estado democrático de direito e à higidez do processo eleitoral; e

V - os efeitos de discriminação ilegal ou abusiva em decorrência do uso de dados pessoais sensíveis ou de impactos desproporcionais em razão de características pessoais. (BRASIL, 2020)

O segundo âmbito do dever de cuidado dos provedores vai recair sobre a utilização dos serviços da plataforma pelo usuário e vai intuir uma necessidade de moderação mais combativa por parte dos PAI em relação ao conteúdo produzido, disseminado e consumido por terceiros, sendo um esforço externo. Assim, o art. 11 do PL vai se ocupar em elencar em seus incisos condutas criminosas cuja inação dos provedores na prevenção ou combate configura uma quebra no dever de cuidado e conseqüentemente a possibilidade de

responsabilização solidária pelos danos causados por terceiros, dessa forma, observa-se o teor do artigo:

Art. 11. Os provedores devem atuar diligentemente para prevenir e mitigar práticas ilícitas no âmbito de seus serviços, envidando esforços para aprimorar o combate à disseminação de conteúdos ilegais gerados por terceiros, que possam configurar:

I - crimes contra o Estado Democrático de Direito, tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

II - atos de terrorismo e preparatórios de terrorismo, tipificados pela Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

III - crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, tipificado no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

IV - crimes contra crianças e adolescentes previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho 1990, e de incitação à prática de crimes contra crianças e adolescentes ou apologia de fato criminoso ou autor de crimes contra crianças e adolescentes, tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

V - crime de racismo de que trata o art. 20, 20-A, 20-B e 20-C da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989;

VI - violência contra a mulher, inclusive os crimes dispostos na Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021; e

VII - infração sanitária, por deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias quando sob situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, de que trata o art. 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. (BRASIL, 2020)

Consequentemente, observa-se de forma comparativa que o proposto pelo PL 2.630/2020 sobre a responsabilidade civil dos provedores pelo conteúdo de terceiros, conforme já pontuado, expande o postulado pelo Marco Civil da Internet. Para além disso, é claro um abandono parcial da ideia de *notice and takedown*, vez que

o PL não substitui o disposto no Marco Civil, mas sim acrescenta e, naquilo que acrescenta, não busca valer-se do sistema mencionado, ao invés disso o texto do PL busca criar uma obrigação a ser violada, sendo esta o dever de cuidado. Sobre esse, é interessante notar também que há um esforço em delinear de forma clara do que se trata tal dever de cuidado, bem como as raízes dele no ordenamento jurídico vigente e em episódios da história atual do país, por exemplo, no art. 7º, § 2º, IV, é possível perceber uma clara alusão não apenas a LGPD (Brasil, 2018), em específicos aos seus fundamentos do respeito à privacidade e da autodeterminação informativa, notados no art. 2º, I e II, do diploma legal citado, mas também ao Escândalo de Dados do Facebook-Cambridge Analytica e os impactos do perfilamento de dados para fins políticos.

Assim sendo, retornando ao questionamento formulado no presente tópico, conclui-se que o texto do PL 2.630/2020 apresenta uma opção viável a problemática de como responsabilizar as redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e afins pela propagação de *fake news*. Como já mencionado, a responsabilização de pessoas naturais sempre foi completamente possível, vez que a prática de um crime no meio digital não a torna menos criminosa, por sua vez responsabilizar pessoas jurídicas, especificamente aquelas que são as responsáveis pela plataforma onde tais crimes ocorrem mostrou-se um desafio nos últimos anos, entretanto, a progressão do sistema de notificação e retirada e a criação de uma obrigação legal de dever de cuidado, conforme se observa no PL, permite que a responsabilização de tais entes ocorra dentro de parâmetros que respeitam os direitos dos envolvidos e ainda obrigam a promoção de uma ambiente virtual mais sadio para os usuários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou ponderar sobre a melhor forma de aplicação instituto da responsabilidade civil frente ao cenário das *fake*

news, isto sem gerar desequilíbrios entre o Estado Democrático de Direito e o direito fundamental à liberdade de expressão.

O capítulo 1 se ocupou em apresentar uma definição para o fenômeno das *fake news*, bem como contextualizar tal ocorrência e seus impactos sociais e políticos, para tanto, trouxe como exemplo o caso do escândalo de dados do Facebook-Cambridge Analytica e assim, partindo da definição e da contextualização construída, se empenhou em tecer análises sobre a dicotomia liberdade de expressão x Estado Democrático. Deste modo, ficou demonstrado o potencial das notícias falsas como instrumento instigador de caos social e das redes sociais como ferramentas de conversão desse caos em capital político para políticos de extrema-direita, bem como a inaplicabilidade do argumento em prol de uma liberdade de expressão absoluta dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo 2 tratou sobre a relação entre a mídia e o processo democrático e, para fazê-lo, se debruçou em dois conceitos: o *merchandising* social, o qual foi trabalhado a luz do ideário da autora Anna Maria Balogh valendo-se do exemplo da novela *Mulheres Apaixonadas*; e o pânico moral, que foi destrinchado por meio dos dizeres do autor Stephen Cohen. Assim, restou clara a influência da mídia dentro do tecido social e, conseqüentemente, dentro do processo democrático, conforme se desenvolveu no tópico, no caso do *merchandising* social, por seu caráter moralizador e educativo, nota-se que dentre outras conquistas jurídicas, a novela citada fez campanha clara e inequívoca contra a violência contra idosos e nisso conseguiu impulsionar a aprovação do Estatuto da Pessoa Idosa; o pânico moral, por sua vez, dada sua beligerância, tende a parir soluções mal pensadas e desesperadas para os comportamentos desviantes que terminam muitas vezes tornando-se histórias folclóricas ou, de forma mais impactante, a razão de ser de leis de caráter repressivo.

Por fim, o capítulo 3 pautou-se em pensar a questão sobre como responsabilizar adequadamente a propagação de *fake news*, para isso voltou-se para o Marco Civil da Internet, por ser a principal lei a discorrer sobre o tema, e buscou analisar o PL 2.630/2020, o qual institui a Lei

de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet e trata da matéria da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de forma mais incisiva, inclusive tomando um caminho diverso ao do Marco Civil da Internet. Destarte, entendeu-se que o Marco Civil da Internet, com a adoção do sistema de *notice and takedown*, mostrou-se incapaz de prover respostas na mesma velocidade de criação e propagação das *fake news* na atualidade e que o PL 2.630/2020 acerta justamente ao deixar de lado o sistema de *notice and takedown* e criar uma obrigação de dever de cuidado dos provedores de aplicação, de modo que, sem ser imediatista, busca incentivar a prevenção e a moderação ativa e diligente e, só na falha desses, recorre à responsabilização civil.

Do exposto, conclui-se que o PL 2.630/2020 apresenta uma ideia de responsabilização civil dos PAI mais interessante e melhor articulada do que o disposto e vigente no Marco Civil da Internet, vez que, apesar de não retirar do ordenamento, rejeita o sistema de *notice and takedown* e busca construir uma solução que presa pelo comportamento preventivo dos provedores de aplicação.

Para além disso, mais do que uma solução adequada, o proposto no PL 2.630/2020 apresenta uma postura legislativa que busca conciliar as necessidades de proteção do Estado Democrático de Direito, o direito fundamental à liberdade de expressão e a neutralidade da rede. Assim, nota-se que não há uma imposição da presença do Estado como agente principal, mas sim a chamada dos Provedores de Aplicação de Internet a adotarem uma postura voltada para a moderação de conteúdo e controle dos serviços oferecidos pelo sistema que ressoe com os princípios constitucionais do país e com o ordenamento jurídico vigente.

Sobre isso, entendeu-se também que a ideia de uma liberdade de expressão absoluta é um entendimento arcaico e estrangeiro ao ordenamento jurídico nacional, visto que a Constituição Federal se caracteriza por sua inclinação social de modo a ir além da postura negativa no que diz respeito aos direitos fundamentais. Ademais, nota-se que tal argumento, no contexto atual de constantes ataques à

democracia por meio das *fake news*, é muito mais um estratagema da extrema-direita do que um entendimento jurídico palatável.

Desta forma, o trabalho aqui exposto encontra seu fim entendendo o PL 2.630/2020, no que tange a responsabilidade civil, como um norte adequado para discutir a responsabilização dos Provedores de Aplicação de Internet, bem como a necessidade de tal no combate ao caos social e pânico moral causados pelas fake news.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. **Shadow Profiles e a Privacidade na Internet**: a coleta de dados pessoais de usuários e não usuários das redes sociais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

ANTUNES, Gabriela. **Regiane Alves relembra vilãs de novelas e fala dos filhos**. 2020. Disponível em: <<https://kogut.oglobo.globo.com/noticias-da-tv/noticia/2020/09/regiane-alves-fala-das-vilas-de-lacos-de-familia-e-mulheres-apaixonadas-da-quarentena-e-da-relacao-com-o-ex-marido.html>>. Acesso em: 25.jul.2023.

BALOGH, Anna Maria. **O Discurso Ficcional na TV**: Sedução e Sonho em Doses Homeopáticas. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

BERGAMIM JUNIOR, Giba. **Crescem denúncias de idosos agredidos**. Folha de São Paulo. 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u82864.shtml>>. Acesso em: 25.julh.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21.out.2023.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 21.out.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>>. Acesso em: 13.out.2023.

CARRERA, Isabella; CISCATI, Rafael. *GamerGate e a guerra contra mulheres nos videogames*. **Revista Época**, 2014. Disponível em: <<https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2014/11/bgamergateb-e-guerra-contra-mulheres-nos-videogames.html>>. Acesso em: 19.nov.2023.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. **How Cambridge Analytica turned Facebook 'likes' into a lucrative political tool**. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/17/facebook-cambridge-analytica-kogan-data-algorithm>>. Acesso em: 14.out.2023.

CADWALLADR, Carole. **'I made Steve Bannon's psychological warfare tool': meet the data war whistleblower**. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-faceook-nix-bannon-trump>>. Acesso em: 14.out.2023.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. **Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach**. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em: 14.out.2023.

CADWALLADR, Carole. **The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked**. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexite-robbery-hijacked-democracy>>. Acesso em: 14.out.2023.

CARVALHO. Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news). Justiça: **Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, ano 10, n. 40, p. 28-42, abr. 2011. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjdf/comunicacao-social/imprensa/publicacoes/revista-justica.htm>>. Acesso em: 14.out.2023.

CEROY, Frederico Meinberg. Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet. **Revista Eletrônica Direito & TI**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set. 2015. Disponível em: <<https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/14>>. Acesso em.: 05.nov.2023.

COHEN, Stanley. **Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers**. 1.ed. Londres: Routledge classics, 2011.

CRUZ, Marcio. A mídia e os formadores de opinião no processo democrático. **Ponto-e-Virgula**, São Paulo, nº 9, p. 35-51, março, 2013.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os Engenheiros do Caos**. Tradução de Arnaldo Bloch. 1.ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

GAIMAN, Neil. **Deuses Americanos**: edição preferida do autor. Tradução: Leonardo Alves. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

NETFLIX. **THE Great Hack**. Direção: AMER, Karim; NOUJAIM, Jehane. Produção AMER, Karim. et al. Estados Unidos, 2019.

NETLAB UFRJ. **Recomendação no Youtube**: o caso Jovem Pan. 5 de Setembro de 2022. Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <https://netlab.eco.ufrj.br/post/recomenda%C3%A7%C3%A3o-no-youtube-o-caso-jovem-pan>. Acesso em: 13.nov.2023.

PORTO, Walter. **Redes sociais são feitas para favorecer radicalismo de Bolsonaro, diz pesquisador**. 2023. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2023/04/redes-sociais-sao-feitas-para-favorecer-radicalismo-de-bolsonaro-diz-pesquisador.shtml>>. Acesso em: 13.nov.2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOLON, Olivia. **Facebook says Cambridge Analytica may have gained 37m more users' data**. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-faceook-nix-bannon-trump>>. Acesso em: 14.out.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Embargos de Declaração em Agravo em Recurso Extraordinário 891.647/SP**. Recurso extraordinário com agravo (Lei nº 12.322/2010).2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur320474/false>>. Acesso em: 17.nov.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 154.248/DF**. Habeas-Corpus. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 17.nov.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 9.068/DF**. Ação civil originária. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444505/false>>. Acesso em: 17.nov.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 9.412**. Ação civil originária. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450048/false>>. Acesso em: 17.nov.2023.

OS IMPACTOS DAS *FAKE NEWS* NA SOCIEDADE

Bianca Hiromi Hama⁹

RESUMO

O século XXI era aguardado com grande ansiedade pela sociedade diante de suas visões de tecnologias futuristas apresentadas pelos filmes e desenhos e que pareciam tão fantasiosas, mas que hoje diversas delas se tornaram reais, fazem parte de nosso cotidiano e sem as quais ninguém mais consegue se imaginar sem ou até, muitas vezes esquece que são recursos tecnológicos. Talvez o maior destaque entre todas seja a internet, que potencializou o avanço na comunicação, tecnologia, ciências, artes, interação social entre tantos outros campos. Contudo, não houve apenas benefícios. Ao mesmo tempo foi aberta uma gama de desafios dos quais a sociedade ainda não está totalmente protegida ou preparada para encarar como hackers, isolamento da vida social, dependência e dificuldade em discernir entre informações reais e falsas como as *fake news*, que será tema deste estudo desde sua origem, sua maior ascensão nos últimos anos, os prejuízos causados à uma sociedade e as possíveis penalidades aplicadas.

Palavras chaves: *Fake News*; Eleição; Liberdade de expressão; Desinformação;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca questionar como a utilização das *fake news* pode prejudicar a percepção das pessoas e afetar seus direitos fundamentais. Além disso, também busca inquirir como a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de ataque ou de combate, e se a ausência de proteção de dados pode de alguma forma potencializar a sua disseminação.

⁹ Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade São Judas Tadeu - USJT. Especialista em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. E-mail: bianca.hama@gmail.com.

A propagação de *fake news*, muitas vezes mascarada de liberdade de expressão e imprensa, ocorre de forma desenfreada, sem qualquer intenção em se preocupar com a vítima, aqui incluído até mesmo a sociedade, com consequências que afetam todo o destino de um país.

Dessa forma, em um primeiro momento, será abordado neste estudo qual o conceito de *fake news*, suas origens, com qual intenção era utilizada e se o termo consegue atualmente expressar e abranger todas as suas mais amplas especificações.

Em seguida, será retratado como a política identificou a *fake news* como uma forte ferramenta em momentos políticos com o intuito de aproximar o eleitorado e garantir que seus ideais estejam conexos com o dos candidatos que os buscam, ou ainda, com os objetivos para definir o futuro de um país. Será questionado também o papel importante que as mídias sociais possuem na sua propagação, bem como o impacto causado no Brasil ao replicar as mesmas ações em momentos críticos como estratégia de governo e as tentativas para frear a sua disseminação em períodos eleitorais.

Já o terceiro capítulo, busca analisar a liberdade de expressão e se existem limites para o seu uso. Até que ponto é possível utilizar como justificativa para defender ideais sem ferir outros direitos fundamentais e caso não, quais as possíveis consequências para o seu desrespeito perante à vítima e a sociedade como um todo.

No quarto capítulo, é ponderado como os tribunais atualmente fundamentam suas decisões ao aplicar as penalidades aos infratores, em quais legislações se baseiam e como determinam quem pode ser encarado como vítima ou infrator para que ao final, ao chegar à conclusão, possa analisar todas as perspectivas estudadas sobre as *fake news*.

Sucessivamente, observa-se o papel que a mídia social e os meios de comunicação possuem perante a sociedade, quais as consequências para o infrator e como a vítima pode ser ressarcida dos possíveis danos sofridos pelo ataque imputado por meio das *fake news*.

1. BREVE CONCEITO E ORIGEM

Em sua tradução literal do inglês, o termo *fake news* pode ser entendido como “notícias falsa” (COLLINS DICTIONARY, 2023), mas além disso, pode-se compreender como a intenção de criar uma informação falsa, ou então, alterar uma verdadeira para dar um novo sentido para enganar e induzir o leitor em erro ou dúvida, podendo ainda ocorrer por meio de uma edição ou modificação de imagem, vídeos, falas, normalmente com temas polêmicos com o objetivo de provocar algum tipo de dano por suas afirmações inverídicas, seja a uma pessoa, um grupo social, uma etnia ou organização, política ou não.

Sua utilização na sociedade não é algo recente, ao certo não é possível precisar. Porém, segundo Dourado (2020), há relatos que remetem ao ano 44 a.C., no fim do império romano na luta pelo poder entre o general Marco Antônio contra Otaviano, filho adotivo de Júlio César, que morreu assassinado. Sabendo da influência e moral que Marco Antônio possuía perante a população, Otaviano, que se mostrou um hábil “propagandista”, espalhava pelas ruas frases curtas, porém afiadas, por meio de moedas para tentar desmoralizar César perante a sociedade romana.

Ou seja, a ideia de disseminar uma notícia falsa na intenção de prejudicar ou enganar um terceiro sempre esteve presente nas sociedades, porém sua disseminação era muito mais contida diante das barreiras físicas e tecnológicas que existiam às épocas anteriores, se concentrando mais na cidade ou arredores de onde foi divulgada, situação bem diversa da atualidade com o advento da internet que nos permite compartilhar qualquer tipo de informação para todos no mundo em questão de segundos (DOURADO, 2020, p. 31).

Leandro Karnal (2019) entende que a fake news tem como intuito o exercício da busca de poder - com a manipulação de dados e fatos - ou ainda, atacar quem está no poder.

No entanto, há quem defenda que a utilização do termo “fake news” não seria correta, tendo em vista que o termo abrange cada

vez mais significados, o que dificulta em momento de precisar seu conteúdo.

Sendo assim, para alguns estudiosos, seria mais interessante utilizar o termo “notícia fraudulenta” ou tão somente “desinformação”, com a compreensão de que seu conceito é muito mais amplo e profundo do que simplesmente notícia falsa - conforme menciona Dias Toffoli:

(...) o Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Notícias Falsas e Desinformação instaurado pela Comissão Europeia – que conduz as discussões sobre o tema no bloco europeu – apresentou, em 2018, um relatório com uma série de recomendações para o combate aos conteúdos falsos, dentre elas que se abandone o uso da expressão *fake news* e se passe a utilizar desinformação, por duas razões fundamentais. Primeiramente, porque a desinformação é um fenômeno muito mais abrangente e complexo, o qual precisa ser assim compreendido para a elaboração de estratégias adequadas de enfrentamento. Trata-se de “informações falsas, inexatas ou deturpadas concebidas, apresentadas e promovidas para obter lucro ou para causar um prejuízo público intencional”, que colocam em risco os processos e os valores democráticos e podem visar uma grande variedade de setores além da política, tais como saúde, ciência, educação e finanças. Em segundo lugar, porque a expressão *fake news* tem sido utilizada frequentemente de forma maliciosa por grupos poderosos com o objetivo de retirar a credibilidade de conteúdos jornalísticos que contradigam seus próprios interesses. (TOFFOLI, 2019, p. 02-03).

Fake news, notícia falsa, notícia fraudulenta, desinformação: independentemente de qual seja a terminologia aplicada, não restam dúvidas de que hoje a sua utilização em massa representa um grande

problema na sociedade e identificá-la torna-se cada vez mais um desafio diante de seu avanço conjunto com a tecnologia.

1.1 A EXPANSÃO DA *FAKE NEWS*

Segundo a reportagem da BBC News Brasil (2017), o termo *fake news*, eleita a palavra do ano de 2017, teve seu maior destaque a partir de 2016 diante das eleições estadunidenses para a presidência, quando o então candidato da época Donald Trump, representante do Partido Republicano, disputava contra a candidata Hillary Clinton, representante do Partido Democrata e a utilizava continuamente para justificar as notícias negativas que eram divulgadas sobre ele, bem como, nas eleições do Reino Unido para influenciar a sua saída da União Europeia, conhecido também como Brexit - junção das palavras *British* e *exit*, (COLLINS DICTIONARY, 2023)

A partir de então, com o auxílio da internet, o termo passou a ganhar cada vez mais força sendo utilizado em todo o mundo, com destaque a políticos e governantes, seja como medida para se proteger ou atacar.

As pesquisas de intenção de voto apresentavam grande probabilidade da candidata democrata vencer a corrida presidencial, tal qual foi imensa a surpresa quando o resultado nas urnas foi diverso e elegeu o republicano Donald Trump (G1, 2016), no entanto, posteriormente foi descoberto o “segredo” para a sua vitória.

Em 2018 tornou-se público o escândalo da empresa de consultoria política britânica Cambridge Analytica, que utilizou de forma indevida os dados pessoais de, em média, 87 milhões de usuários do Facebook, para o direcionamento de propagandas e notícias eleitorais que favoreceram o ex-presidente Donald Trump (BBC, 2018).

O documentário *Privacidade Hackeada*, dirigido por Karim e Jehane (2019), da Netflix, apresenta com clareza essa situação. Para isso ocorrer, inicialmente foi disponibilizado no Facebook um teste simples e até então inofensivo de personalidade, mas com o intuito de

analisar o perfil dos respondentes, seus medos, posições, necessidades, emoções pessoais, expectativas de vida, etc. Além de obter todas as informações do usuário, a empresa também possuía acesso aos dados pessoais de seus amigos da rede social.

A partir disso, a empresa poderia obter em torno de 5 mil informações de cada usuário e classificava quais podiam ser persuadidos pela campanha e posteriormente mudar sua posição política para declarar voto e apoio ao Donald Trump, já que a partir de suas respostas era possível analisar se estavam indecisos sobre qual candidato melhor representava seus ideais. Com essas informações, a empresa poderia retornar a esses usuários, sem seu conhecimento, publicações direcionadas de forma massiva. A intenção era que os eleitores enxergassem a campanha e o candidato exatamente como a Cambridge Analytica desejava. Além disso, a empresa possuía informações sobre os estados com número de eleitores persuasíveis que poderiam fazer a diferença na hora da eleição e alterar o resultado das urnas, de forma que um estado que houvesse maior propensão à vitória democrata, passava a ter a maioria dos votos republicanos (KARIM; JEHANE, 2019).

Assim, durante a campanha presidencial estadunidense, por meio das campanhas direcionadas, com conteúdo patrocinados e personalizados, houve a crescente menção do termo *fake news*, já que diversas dessas publicações possuíam informações inverídicas sobre o partido concorrente ou dos candidatos, e outras que favoreciam Donald Trump (KARIM; JEHANE, 2019).

Posteriormente, o documentário apresenta que a empresa passou por investigações no governo americano, tendo o Facebook confessado que a Cambridge Analytica utilizou os dados pessoais de seus usuários mesmo após haver a solicitação de exclusão desses dados, mas se isentando de qualquer responsabilidade (KARIM; JEHANE, 2019).

A partir desse momento, acendeu o alerta para todo o mundo sobre a importância de uma regularização que proteja os dados

pessoais dos cidadãos a fim de se evitar abusos dos usuários tanto dentro quanto fora da internet.

De toda forma, tornou-se perceptível internacionalmente o poder que as *fake news* possuem, principalmente na política quando aliadas à coleta de dados pessoais, que permitem a distribuição de publicações massivas a um público específico e aumenta a sensação de verdade em meio ao caos e mentiras, dificultando assim, o discernimento entre realidade e fantasia.

1.2. A EXPANSÃO DAS FAKE NEWS NO BRASIL E NAS MÍDIAS SOCIAIS

Assim como em diversos países, as *fake news* foram fortemente introduzidas no Brasil, com destaque para o ano de 2018, após assassinato da vereadora do Rio de Janeiro, Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes em 14 de março de 2018 e, ao final do mesmo ano, com a corrida para a eleição presidencial.

Sobre o caso de Marielle Franco: após a sua execução uma onda de *fake news* circulou pelas redes sociais e ainda permanece mesmo após 6 anos do ocorrido, sendo apresentado como destaque a informação relatada pela magistrada do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que afirmou que a então vereadora estava engajada com bandidos e havia sido eleita pelo apoio do Comando Vermelho, porém, por descumprir seus compromissos assumidos com os apoiadores, culminou em seu assassinato (PENNAFORT, 2021).

Por ser uma autoridade de posição considerável, a notícia se propagou de forma desenfreada, sem qualquer preocupação em conferir se os fatos alegados realmente eram verdadeiros.

Da mesma forma, diversas pessoas (políticos, influenciadores, entre outros) permaneceram propagando as notícias falsas dos mais diversos tipos, no entanto, todas fechavam os olhos para os jornais de credibilidade e responsáveis que investigaram e desmentiram

qualquer informação fraudulenta e assim, preferiram permanecer em suas verdades sem uma correta checagem dos fatos.

Nas eleições de 2018, com a disputa para os cargos de Deputados, Senadores, Governadores e Presidente, houve uma verdadeira onda de ataques por meio de *fake news* sobre — e entre — os candidatos, alguns com foco maior do que outros. Um dos maiores destaques foram as *fake news* entre os candidatos à presidência da república, onde o ex-presidente Jair Bolsonaro concorria ao cargo contra o candidato Fernando Haddad (DOURADO, 2020).

O grande problema é que a *fake news* não pode ser utilizada sob a justificativa da liberdade de expressão, já que seu limite ao ser ultrapassado ofende diversos direitos fundamentais como o direito à correta informação, a dignidade da pessoa humana, entre outros e prejudica drasticamente o senso crítico do cidadão que passa a não confiar em jornais de grande circulação, pautados pela credibilidade, ética e responsabilidade aos seus ouvintes e leitores, mas tão somente em quem propaga a notícia fraudulenta. Consequentemente, a democracia é claramente ofendida, visto que a escolha dos eleitores fica deturpada sem possuir uma fonte de checagem das informações repassadas e se limita às notícias compartilhadas pelos seus grupos sociais.

Conforme estudo realizado pela Avaaz, 98,21% dos eleitores de Bolsonaro receberam *fake news* dos mais diversos assuntos, dentre eles, os mais conhecidos sobre a fraude da urna eletrônica e o “kit gay”, sendo que 89,77% daqueles, acreditaram nas informações falsas (PASQUINI, 2018).

Além disso, quatro entre dez brasileiros confirmaram que diariamente receberam *fake news* no período das eleições (GUIMARÃES; RODRIGUES, 2022).

Ao longo dos 4 anos de mandato do ex-presidente Jair Bolsonaro, as *fake news* foram a maior ferramenta do Governo, tanto do Chefe do Executivo quanto dos Ministérios e políticos de outras esferas, sem mencionar a própria sociedade civil para validar as ações realizadas por seus candidatos. Percebeu-se o grande impacto que as *fake news*

ocasionam em mascarar escândalos que alguma pessoa ou organização possa estar envolvida com a finalidade de desviar o foco.

Conforme o levantamento realizado em 2021, o ex-presidente Jair Bolsonaro propagou em média, sete *fake news* por dia, e foi acumulado em todos os seus 1.459 dias de mandato, um total de 6.685 *fake news* - entre informações falsas ou distorcidas - sendo as três maiores em ordem decrescente, sobre (1) a inexistência de corrupção em seu governo, (2) sobre ser desautorizado pelo Supremo Tribunal Federal de conduzir ações para o controle da Pandemia e (3) sobre tratar de forma equivalente o combate ao covid-19 e o desemprego no país (RIBEIRO, 2022; AOS FATOS, 2023).

No entanto, com o aumento das propagações de *fake news* desde 2018, foi registrado por meio de uma pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado que ao menos 45% dos eleitores entrevistados afirmaram que ao eleger seu candidato, levaram em consideração as informações – em sua grande maioria falsas – obtidas por meio das redes sociais, destacando-se o aplicativo Whatsapp como a fonte de informação mais utilizada (BAPTISTA, 2019).

Diante do fundado receio de sua potencialização nas eleições de 2022, diversas redes e mídias sociais em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral, firmaram um acordo para o combate às *fake news* a fim de priorizar as informações legítimas e oficiais, tendo em vista os riscos que apresentam contra a democracia, principalmente em período eleitoral (TSE, 2022).

O acordo faz parte do Programa de Enfrentamento à Desinformação – Portaria TSE nº 510/2021 – que tem como finalidade, conforme dispõe em seu primeiro artigo, “enfrentar a desinformação relacionada à Justiça Eleitoral e aos seus integrantes, ao sistema eletrônico de votação, ao processo eleitoral em suas diferentes fases e aos atores nele envolvidos”. Com isso, para as eleições de 2022, o TSE criou em seu site o canal “Sistema de Alerta” que recebe denúncias sobre informações equivocadas referentes à participação na eleição, requisitos para a votação, contas falsas da Justiça Eleitoral entre

outros, bem como, o aplicativo Pádal que recebe denúncias referentes a “propagandas eleitorais ou mensagens desinformativas” (TSE, 2022).

No entanto, o acordo não foi cumprido de forma integral pelas redes sociais, mais especificamente as redes da empresa Meta — Facebook e Instagram — que permitiram a veiculação de notícias falsas mesmo após as denúncias realizadas pelos usuários nas plataformas criadas em parceria com o TSE.

Inicialmente a Meta (2022) apresentou aos eleitores quais seriam seus procedimentos e ferramentas para o combate à desinformação, afirmando possuir um maior número de funcionários, grupos especializados, parcerias com autoridades eleitorais e empresas de checagem independentes, além do uso de inteligência artificial para realizar a filtragem e remoção ou inserção de avisos com direcionamento à notícia correta nas publicações que possuíssem informações falsas sobre o processo eleitoral e os atores envolvidos, mesmo sem a ocorrência de denúncia, e indica ainda a “Biblioteca de anúncios”, onde é possível averiguar as informações de postagens impulsionadas e de seu usuário em relação ao alcance e gastos realizados.

Porém, as ações da Meta não se mostraram eficientes quanto ao combate à disseminação das *fake news*, conforme apresenta a pesquisa da Netlab UFRJ (2022), que analisou links de postagens denunciadas por usuários das redes sociais da empresa, no período de 21/06/2022 à 12/09/2022, por conterem informações falsas. De 95 links, 51 ainda permaneciam acessíveis aos usuários das redes sem qualquer ação realizada pela rede social e apenas 14 links possuíam avisos de desinformação aos usuários.

Além disso, até o período de janeiro de 2023, foi estimado que no Brasil, com uma população em torno de 215,8 milhões de pessoas, ao menos 181,8 milhões são usuários de internet e dentre essas, 171,5 milhões são usuários das mídias sociais, ou seja, com isso, é possível compreender o motivo do grande foco para as propagandas eleitorais se encontrarem nas mídias sociais — aqui incluídos Facebook, Instagram, Whatsapp, Youtube, Twitter entre outros (KEMP, 2023).

Logo, o grande risco à democracia ao permitir que as *fake news* circulem livremente nas mídias e redes sociais, principalmente em período eleitoral é, por óbvio, a falta de informação verdadeira que permita ao eleitor tomar conhecimento da realidade, das reais propostas dos candidatos e impedindo-o de debater de forma livre, tornando-se meramente uma disputa de opiniões verdadeiras contra falsas, que em situações mais graves podem extrapolar para ações físicas, criando uma realidade paralela e imaginária a quem acredita fielmente nelas, totalmente distante do mundo real.

E quando ocorre um alto consumo de *fake news*, o próprio algoritmo das redes sociais cria uma bolha onde cada vez mais o usuário/eleitor as recebe de forma mais massiva e direcionada, que atentam contra outros direitos fundamentais e constitucionais, sendo que, muitas dessas *fake news* são impulsionadas, ou seja, publicações pagas para aumentarem o alcance da postagem e visualizações, ferramenta essa disponível em quase todas as redes sociais.

Assim, se torna nítido o quão fácil é a propagação da *fake news* com o auxílio da internet e como isso afeta e prejudica a sociedade como um todo, com a ofensa aos mais diversos direitos e garantias fundamentais de uma pessoa, não podendo se confundir liberdade de expressão como uma carta branca para propagar qualquer tipo de informação inverídica, sem ser responsabilizado por seus atos.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Não há como falar de *fake news* sem tratar o direito fundamental mais utilizado por quem a propaga para justificar as suas “opiniões” e criar uma falsa ideia de proteção constitucional, qual seja, a liberdade de expressão.

O direito à liberdade — no sentido *latu sensu* — integra a primeira geração dos direitos fundamentais e foi garantida através da Revolução Francesa que ocorreu em 1789, como o grande movimento do povo contra a monarquia, burguesia e o clero para garantir a proteção de seus direitos e o exercício da liberdade de forma livre, ou

seja, a abstenção do poder do Estado, no sentido de não interferir nas decisões individuais do cidadão (DANTAS, 2021).

Em outras situações, reconhece-se que o indivíduo, possuidor de personalidade, tem o direito de desfrutar de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos. Enfim, faz-se necessário que o Estado não tenha ingerência na autodeterminação do indivíduo, que tem o direito a gozar de algum âmbito de ação desvinculado da ingerência estatal. (ALEXANDRINO; PAULO, 2022, p. 35 e 36).

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais — no caso, mais especificamente o direito à liberdade — são inerentes à vida de todo e qualquer ser humano, os quais já nascem em sua posse:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes. (PINHO, 2011, p. 96).

Posteriormente, a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, expandiu e demonstrou a importância de se garantir o direito à liberdade, conforme consta em seu artigo 19, passo importante para a humanidade diante do recente fim da Segunda Guerra Mundial:

Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Já no Brasil, a liberdade de expressão é retratada em suas constituições federais, com abrangências diferentes, às vezes de forma mais ampla e outras de forma mais restrita.

Em alguns períodos da história ocorreram sérias e rígidas censuras à este direito, como na Constituição de 1937 — outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas — e em 1967 — período da ditadura militar — sendo retomada de forma plena, em toda a sua essência como é conhecida, na atual constituição, redigida em 1988 (FIA BUSINESS SCHOOL, 2023).

A liberdade de expressão de pensamento, artística, jornalística, enfim consagrada como direito fundamental — imprescritível, inalienável, universal e irrenunciável — sendo vedado o anonimato, livre de censuras e com garantia ao sigilo da fonte aos profissionais jornalísticos, foi garantida após árduas lutas, o que importa dizer que, qualquer um tem o direito livre de afirmar o que deseja, sejam elas fantasiosas ou não, verdadeiras ou falsas, desde que quem a propagou se responsabilize por elas.

No entanto, é necessário compreender que a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, não é um direito a agressão ou destruição da democracia, da dignidade do outro, da propagação de discurso de ódio e não está acima de qualquer outro direito fundamental, tampouco autoriza o anonimato. Deve haver um claro equilíbrio para que seja garantida a democracia e a ordem social, impedindo assim o abuso desse direito.

Contudo, o que se observa é que tal visão vem sendo fortemente distorcida ao decorrer dos anos, por influenciadores e mídias politizadas com o intuito de propagar suas opiniões parciais, sem se ater aos limites desse direito e se isentando no risco de causar prejuízos ao direito de outrem.

A mídia jornalística tem um importante papel na transmissão de informação de qualidade, responsável e correta, papel esse que deve ser exercido por profissionais da área, comprometidos em apresentar a realidade dos fatos, sem qualquer alteração, embasados na ética da profissão, de forma direta e clara e que desde o crescimento das

fake news, principalmente após as eleições de 2018, enfrenta árduas batalhas para conseguir entregar à sociedade a realidade dos fatos.

Com a polarização das redes sociais, uma publicação pode facilmente conseguir um grande engajamento e se espalhar mundialmente e uma pessoa desconhecida pode, com a intenção de se mascarar como um jornalista, comentarista ou conhecedor da área, para tentar apresentar mais credibilidade em sua fala, tornar uma grande propagadora de ideias que muitas vezes relata o que seu público quer ouvir, não necessariamente a realidade dos fatos. Com isso distorce toda uma realidade e passa a ser uma influenciadora, comentarista, mas sem qualquer crivo da realidade ou responsabilidade (NETO, 2021).

Assim, há uma grande batalha jornalística entre os que seguem corretamente os ideais de sua profissão e os que buscam apenas engajamento e seguidores e não se preocupam em que tipo de notícia divulgam, seja *fake news* ou não.

Conforme menciona Luiza Lemos:

(...) *fake news* imitam a aparência de notícias jornalísticas para forjar a sua credibilidade, transmitir a impressão de que está em conformidade com as normas de objetividade do jornalismo profissional. Elas não seguem os padrões editoriais que lhes assegurariam confiabilidade, não passam pela checagem de fatos e suas fontes não são escrutinadas. Consistem em informação falsa mascarada de verdade verificada. O principal elemento que permite que as *fake news* tenham o potencial lesivo atual é a estrutura mediadora do ambiente online. A internet facilita a sua produção e permite que alcance destaque, visibilidade, engajamento, reprodução e aparência de verossimilhança. *Fake news* é propositalmente mentirosa, é produzida com a intenção deliberada de alterar a verdade ou a natureza dos fatos para enganar e induzir a erro. A intenção, portanto, é um

elemento essencial da sua natureza. (LEMOS, 2021, p. 136).

Em que pese não haver uma lei apropriada para delimitar os atos de quem propaga e de quem sofre com as *fake news*, ainda assim, é possível responsabilizar quem assume o risco de propagar, criar, divulgar. Isso porque, conforme mencionado, a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido à pessoa humana, mas não é isenta de responsabilidades caso afete o direito de outrem.

3. POSSÍVEIS PENALIDADES A SEREM APLICADAS

Até o momento não há no Brasil uma legislação específica que trate sobre a propagação das *fake news* e suas consequências.

A mais recente tentativa foi o Projeto de Lei n. 2630/2020, denominada como Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, mais conhecida como PL da Fake News que possuía como objetivo, conforme sua ementa:

Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei (BRASIL, 2020).

No entanto, o PL, já aprovado pelo Senado, não teve o mesmo resultado na Câmara até o momento, diante de diversas preocupações que se apresentaram ao longo de sua trajetória, como a imunidade parlamentar, possibilidade de prejudicar os ganhos publicitários pela dificuldade na utilização de dados pessoais.

Recentemente houve grande comoção para que a PL fosse votada com urgência, principalmente após o fatídico ataque de 08 de janeiro com a invasão de civis em Brasília, motivada basicamente pela grande disseminação de *fake news* sobre a segurança das urnas eletrônicas (tema amplamente utilizado pelo ex-presidente Jair Bolsonaro durante toda a sua candidatura e governo, como abordado anteriormente e a interpretação sobre o artigo 142 da Constituição Federal, onde cidadãos piamente acreditavam que o artigo tratava sobre a possibilidade de uma intervenção militar a pedido do povo), porém, mais uma vez se viu necessário o adiamento da votação diante de inúmeras sugestões para inclusão ou alteração do texto, para uma nova análise e posterior apresentação, por enquanto, sem data definida (SCHREIBER, 2023; MOTA, 2023; SADI, 2023).

Assim, enquanto não há uma legislação específica para o tema, o judiciário tem se pautado em jurisprudências e em outras leis para fundamentar suas decisões, que focam em temas como a responsabilização do agente causador do dano, indenização à vítima e direito de resposta (TRE-BA, 2021; TJDFT, 2023).

Além disso, é possível encontrar também respaldo nas legislações por exemplo, na Constituição Federal, no Código Civil, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1.997), entre outros, conforme se apresenta na ementa a seguir:

ELEIÇÕES 2022. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. INTERNET. DESINFORMAÇÃO. FATOS MANIFESTAMENTE INVERÍDICOS E DISCURSO DE ÓDIO. REMOÇÃO DAS PUBLICAÇÕES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 57-D DA LEI 9.504/1997. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. ALCANCE DO CONTEÚDO VEICULADO. DESPROVIMENTO. 1. O art. 57-D da Lei 9.504/1997 não restringe, de forma expressa, qualquer interpretação no sentido de limitar sua incidência aos casos de anonimato, de forma que é possível ajustar

a exegese à sua finalidade de preservar a higidez das informações divulgadas na propaganda eleitoral, ou seja, alcançando a tutela de manifestações abusivas por meio da internet – incluindo-se a disseminação de fake news tendentes a vulnerar a honra de candidato adversário – que, longe de se inserirem na livre manifestação de pensamento, constituem evidente transgressão à normalidade do processo eleitoral. 2. Descabe a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para diminuir o valor da penalidade aplicada, uma vez que o critério utilizado para a sua fixação foi o substancial alcance do conteúdo veiculado, o que potencializou sobremaneira o efeito nocivo da propagação da fake news. 3. Recurso Inominado desprovido. (TSE, 2023)

Já temas sobre a proteção de dados, os requisitos e hipóteses onde podem ser tratados encontra amparo na Lei Geral de Proteção de Dados e quando a infração ocorre na internet, é possível buscar o Marco Civil da Internet, além do próprio Código Penal para tipificar os crimes cometidos, como a ofensa contra a honra. Além disso, pode-se buscar apoio também em diversas doutrinas que auxiliam na fundamentação do julgador.

Em sua grande parte, as condenações podem envolver pagamento de danos morais e direito a resposta. No entanto, não há ainda uma sanção específica ao criador da *fake news*, tampouco alguma fiscalização que possa minimizar as causas, pautas que seguem em debate com a PL da Fake News aguardando sua futura votação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão das *fake news* é como um vírus de resfriado: é muito fácil se contaminar, espalhar e a cada vacina criada, ela se adapta e evolui na tentativa de sempre ultrapassar as defesas impostas.

Ao contrário do que muitos imaginam, a disseminação de notícia falsa de forma intencional, com o intuito de obter vantagem indevida ou induzir o outro em erro, existe desde a antiguidade e teve uma alta dispersão no Brasil a partir de 2018 com as eleições presidenciais, onde foi possível constatar como a sua aplicação pode alterar todo o rumo do país no momento de escolha de seus governantes, como foi possível dividir o país e criar dúvidas em quais fontes de informação é possível confiar, mais do que isso, distorceu a realidade de tal maneira que para muitos a verdade virou mentira e a mentira é verdade imutável, colocando em dúvida, fatos históricos que até então, pareciam impossíveis de se duvidar.

Além disso, a partir das análises realizadas, é plausível observar como uma notícia falsa, aliada ao vazamento de dados e alta tecnologia, pode alterar todo o curso da vida de uma pessoa, mudar sua visão política e ideais, imputar a ela uma falsa realidade, bem como, se tornar uma vítima e ser condenada pelo julgamento das redes sociais sem qualquer direito ao contraditório e ampla defesa, à presunção de inocência, sendo necessário recorrer por diversas vezes às portas do judiciário para a garantia de seus direitos.

As atuais leis que o país possui para tratar o tema, apesar de não serem específicas remediaram bem a situação e conseguem suprir parte do problema, ao menos no que se trata na reparação de danos e responsabilidade do autor do fato, mas ainda assim, falta uma legislação específica para responsabilizar não somente quem propaga as *fake news*, mas quem permite que ela seja distribuída, acessada e amplamente divulgada ou seja, as grandes empresas de tecnologia e comunicação.

Com o avanço da tecnologia as *fake news* ganham mais força, tendo o Direito o desafio de conseguir acompanhar cada novo momento da história.

Ainda não há um remédio apropriado e com isso, no momento, os julgadores precisam se suprir com as leis existentes, ainda que não trate de forma específica e direta os seus agentes e grandes empresas

de tecnologia, para que possam amparar as vítimas e julgar seus abusadores.

O desafio é conseguir identificar quando a liberdade de expressão ultrapassa seu limite, vira discurso de ódio e atinge o direito de outrem, sendo necessário uma análise subjetiva em cada caso.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

AOS FATOS. **Em 1.459 dias como presidente, Bolsonaro deu 6.685 declarações falsas ou distorcidas**. Brasil, 30 dez. 2022. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/todas-as-declara%C3%A7%C3%B5es-de-bolsonaro/?q=&o=#>. Acesso em: 9.mai.2023.

BAPTISTA, Rodrigo. **Redes sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DataSenado**. Senado Notícias, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 9.mai.2023.

BBC NEWS BRASIL. **Facebook admite uso indevido de dados de 87 milhões de usuários, 443 mil no Brasil**. Brasil, 04 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43646687>. Acesso em: 28.dez.2022.

BBC NEWS BRASIL. **'Fake News' é eleita palavra do ano e ganhará menção em dicionário britânico**. Brasil, 02 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41843695>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF, Senado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12.dez.2022.

BRASIL. **Portaria TSE nº 510, de 04 de agosto de 2021**. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF, n. 145, p. 466. Disponível em: <https://sintse.tse.jus.br/documentos/2021/Ago/6/diario-da-justica-eletronico-tse/portaria-no-510-de-4-de-agosto-de-2021-institui-o->

programa-permanente-de-enfrentamento-a-desinformac. Acesso em: 15.mai.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 06017545020226000000**. Recorrente: Nikolas Ferreira de Oliveira. Recorrida: Coligação Brasil da Esperança. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 28 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/1921137223>. Acesso em 27 abr. 2024.

COLLINS DICTIONARY. **Brexit**. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/brexit>. Acesso em: 27.jan.2023.

COLLINS DICTIONARY. **Fake News**. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/pt/translator>. Acesso em: 13.mai.2023.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**: Revista e atualizada até a EC no 108, de 2020. 6.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake news na eleição presidencial de 2018 no Brasil**. 308 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Culturas Contemporâneas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/31967/1/Tese_Tatiana%20Dourado.pdf. Acesso em: 16.jan.2023.

FIA BUSINESS SCHOOL. **Liberdade de expressão**: lei, evolução, importância e limites. Brasil, 2023. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/liberdade-de-expressao/amp/>. Acesso em: 12 dez. 2023.

G1. Vitória de Trump contraria pesquisas e projeções nos EUA. São Paulo, 9 nov. 2016. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/pesquisas_.html. Acesso em: 3 jan. 2023.

GUIMARÃES, Pedro; RODRIGUES, Cleber. **4 em cada 10 brasileiros afirmam receber fake news diariamente.** 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/4-em-cada-10-brasileiros-afirmam-receber-fake-news-diariamente/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

KARNAL, Leandro. **As fake news surgiram bem antes da internet.** 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ekmmvqWHTYA&t=914s>. Acesso em: 05.jan.2023.

KARIM, Amer; JEHANE, Noujaim. **Privacidade Hackeada.** (Netflix) Estados Unidos da América, 2019. Disponível em: <https://www.netflix.com/title/80117542>. Acesso em: 14 fev.2023.

KEMP, Simon. **DIGITAL 2023: BRASIL.** 2023. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 11 abr. 2023.

LEMOS, Luiza Campos. **Democracia e desinformação:** Influência das fake news em processos eleitorais. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/64062/64062.PDF>. Acesso em: 12 jun. 2023.

META PLATAFORMA, INC. **Como a Meta está se preparando para as eleições do Brasil em 2022.** 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2022/08/como-a-meta-esta-se-preparando-para-as-eleicoes-do-brasil-em-2022/>. Acesso em: 16 mai. 2023.

MOTA, Camila Veras. **7 fatores que explicam os ataques de 8 de janeiro em Brasília.** 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cye7egj6y1no>. Acesso em 27 abr. 2024.

NETLAB UFRJ. **Conteúdo nocivo: a Meta protege a integridade eleitoral no Brasil?** 2022. UFRJ - Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://netlab.eco.ufrj.br/post/conte%C3%BAdo-nocivo-a-meta-protege-a-integridade-eleitoral-no-brasil>. Acesso em: 24 jun.2023.

NETO, Luiz Peres. **‘Os nano influenciadores que espalham fake news sobre covid são perigosos’, diz professor.** 2021. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2021/07/06/luiz-peres-neto-nano-influenciadores-fake-news-covid-19/>. Acesso em: 27 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12.jun.2023.

PASQUINI, Patrícia. **Estudo diz que 90% dos eleitores de Bolsonaro acreditaram em fake news.** 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/11/02/estudo-diz-que-90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news.ghtml>. Acesso em: 21.mar.2023.

PENNAFORT, Roberta. **Mentiras sobre Marielle Franco continuam a se espalhar três anos após sua execução.** 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56367394>. Acesso em: 28.jan.2023.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Amanda. **Bolsonaro disse cerca de sete informações falsas ou distorcidas por dia em 2021.** 2022. Disponível em:

<https://www.aosfatos.org/noticias/bolsonaro-disse-cerca-de-sete-informacoes-falsas-ou-distorcidas-por-dia-em-2021/>. Acesso em: 14.mar.2023.

SADI, Andréia. **Relator pede e votação da PL das Fake News é adiada; deputados querem empurrar questão para o STF**. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2023/05/02/deputados-querem-empurrar-pl-das-fake-news-para-stf-ministros-se-preparam-para-endurecer-regras.ghtml>. Acesso em: 27.abr.2024.

SCHREIBER, Mariana. **5 pontos polêmicos do PL das Fake News**. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cyeyxe7r9go>. Acesso em 27 abr. 2024.

TOFFOLI, José Antônio Dias. **Fake news, desinformação e liberdade de expressão**. Interesse Nacional, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7624>>. Acesso em: 10.jan.2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Limites à liberdade de expressão – “fake news”**. 2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/responsabilidade-civil/limites-da-liberdade-de-expressao-com-destaque-a-questao-politica>. Acesso em: 27.abr.2024.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA. **Cidadão que espalhar fake news pode ser responsabilizado por crime contra a honra**. 2021. Disponível em: <https://www.tre-ba.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Marco/cidadao-que-espalhar-fake-news-pode-ser-responsabilizado-por-crime-contra-a-honra>. Acesso em 27.abr.2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE e plataformas digitais assinam acordo nesta terça-feira (15)**. 2022. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Fevereiro/tse-e-plataformas-digitais-assinam-acordo-nesta-terca-feira-15>. Acesso em: 27 abr. 2024

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Presidente do TSE lança sistema para recebimento de denúncias sobre desinformação.** 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Junho/presidente-do-tse-lanca-sistema-para-recebimento-de-denuncias-sobre-desinformacao>. Acesso em: 27 abr. 2024

A IMPORTÂNCIA DA DOAÇÃO DE SANGUE E A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO POR HOMOSSEXUAIS (ADI 5543)

Bruna da Silva Ramos¹⁰

Resumo: No Brasil, a população não está acostumada a doar sangue. Sendo uma ação solidária, não remunerada e espontânea, além de ser um ato totalmente seguro ao doador. Tendo em vista, que é um procedimento realizado com total cuidado e com materiais descartáveis. Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo enfatizar a importância da doação de sangue e analisar a proibição da doação de sangue por homens homossexuais, bissexuais, além de suas parceiras sexuais, contida a partir da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543. Eventualmente, mesmo com diversas campanhas que mostram a importância da doação, muitas pessoas deixam de ir em locais, como hemocentros, próprios para realizar essa ação. Ademais, o problema é agravado pela inaptidão clínica pelos indivíduos que se dispõem a doar sangue.

Palavras-chaves: Doação; Sangue; Homossexuais; ADI 5543.

INTRODUÇÃO

O sangue é um tecido vivo que circula pelo corpo levando nutrientes e oxigênio a todos os órgãos do corpo humano. Ele é composto por hemácias que transporta o oxigênio para todo o organismo, pelos leucócitos que atuam na defesa, combatendo infecções, plaquetas, que é responsável pela coagulação, controlando sangramentos. Ademais, a hemoterapia é um tratamento terapêutico realizado por meio de transfusão de sangue, de seus componentes ou derivados.

¹⁰ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Belo Horizonte, unidade Barreiro. E-mail: brunasilva2003.00@gmail.com

Seja devido a doenças, acidentes de trânsito e outros fatores, a doação de sangue é um gesto muito importante para salvar a vida de alguém. Além disso, é um procedimento voluntário, espontâneo, não remunerado. Dessa forma, é um ato totalmente seguro, onde é feito por profissionais capacitados, em locais adequados e que utiliza materiais descartáveis.

Nota-se que a uma grande dificuldade para encontrar pessoas aptas para ser doadores, pois, tem-se grandes percentuais de inaptidão de indivíduos que dispõem a doar, para obter uma segurança transfusional, ficando com uma grande baixa de sangue nos hemocentros. Em grande parte, sob responsabilidade do sistema público.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, demonstra a descriminalização pelos homossexuais, bem como da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Transgêneros, Travestis, Queer, Intersexos, Assexuais, Agêneros, Pansexuais, Polisssexuais e as demais orientações sexuais (LGBTQIA+), onde desrespeitou o princípios da Dignidade Humana e da Igualdade, também, a questão da prática sexual entre homens que fazem sexo com homens, apresenta fator de risco acrescido para infecções por Tanto a infecção pelo Vírus da imunodeficiência humana (HIV), como a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS).

Muito ainda precisa ser feito para desmistificar tabus e preconceitos em relação a esse tema. Dessa maneira, deve-se realizar um trabalho de sensibilização e conscientização. É nítido reparar a falta de conhecimento da sociedade sobre o processo de doação e que os mitos que ainda está presente no pensamento de muitas pessoas

Todavia, é evidente que inúmeros mitos e justificativas, influenciam na decisão de doar sangue, sendo elas: receio em prejudicar a saúde, tais como, engordar ou emagrecer, afinar ou engrossar o sangue, falta de conhecimento do processo de doação e conscientização da população e entre outros. Mas o que mais prevalece é o medo, seja, da picada da agulha, infecção, contrais doenças e etc.

Destarte, o presente artigo tem como escopo a viabilizar a doação de sangue, não somente pela escassez desse tema, mas, a fim de fazer com que o leitor reflita sobre a importância dessa temática, como uma forma solidária, além de discutir sobre o julgamento na ADI 5543. Ademais, para desmistificar os mitos que rondam, para que sejam disseminadas informações de maneira correta, assim, para ter um aumento de doadores no Brasil.

1. DOAÇÃO DE SANGUE

1.1 HISTORICIDADE

Na antiguidade, o sangue era considerado um fluido vital. Por outro lado, tem-se algumas fases na história do sangue: no século XV, um papa que estava com uma doença grave precisou de uma transfusão sanguínea. A doação foi realizada por jovens saudáveis. Mas, pelo desconhecimento do volume a ser coletado, foi retirado muito sangue de um dos jovens que veio a óbito. O papa, novamente, precisou de mais sangue e, na segunda transfusão, outro jovem também veio a falecer. Este fato fez com que a transfusão sanguínea fosse amaldiçoada durante 200 anos. Outro fato é que em Roma, os nobres ingeriam o sangue de seus melhores guerreiros após a derrota, para se obter mais vitalidade e força (GIRNOS, 2010).

Ademais, na Grécia antiga, era retirado o chamado “sangue ruim”, para tratamento de doenças (PEREIMA, ARRUDA, REIBNITZ, GELBCKE, 2007).

Dessa maneira, foi o médico austríaco Karl Landsteiner, que descobriu diferentes tipos de sangue onde percebeu a presença de diferentes modalidades de hemácias em amostras distintas de sangue, portanto tratava-se de particularidades sanguíneas. Surge então a tipologia sanguínea em sangue tipo “A”, “B”, “AB” e “0”, atualmente substituído pela vogal “O” (FRAZÃO, 2016).

Na década de 40, no Brasil, foram criados os primeiros bancos de sangue. No Rio de Janeiro, em 1949, foi criada a Associação de Doadores de Sangue voluntários. Contudo, o grande pioneiro na transfusão de sangue foi Garcez Fróes, em Salvador, realizou a primeira transfusão do país, utilizando um aparelho de agote improvisado, que conseguiu transfundir 129 ml de sangue, doado por um servente do hospital, para um paciente operado por pólipos uterinos. Porém, antigamente a doação sanguínea não era fiscalizada de maneira correta, tornando dessa forma, o sangue um produto lucrativo e remunerado (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005).

Na década de 60, foi instituído o Dia 25 de Novembro como o Dia Nacional do Doador de Sangue, através da Lei nº 53.988, de 30/06/1964. Consequentemente, com o objetivo de conscientizar a sociedade da grande importância de salvar vidas. Além, de parabenizar e homenagear todos os doadores de sangue (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK, 2005).

Na 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), o sangue e seus derivados foram considerados imprescindíveis indicadores de saúde da população. Foram definidos os seguintes fundamentos: “É dever do Estado prover os meios para um atendimento hematológico e hemoterápico de acesso universal e de boa qualidade, sendo dever do cidadão cooperar com o Estado na consecução desta finalidade”. Dessa forma, o sigilo das informações prestadas pelo doador antes, durante e depois no processo da doação deve ser preservado (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2022).

No dia 7 de dezembro de 1942, foi inaugurado no Rio de Janeiro, o primeiro banco de sangue do Brasil no Instituto Fernandes Figueira (IFF), com a intenção de obter sangue e plasma humano para hospitais da frente de batalha da segunda guerra mundial. A partir deste banco de sangue, foi influenciado a criação de outros bancos de sangue: Na década de 40 foram criados bancos de sangue em Distrito Federal, Porto Alegre, São Paulo e outros (JUNQUEIRA; ROSENBLIT; HAMERSCHLAK; 2005).

Em 2016, homossexuais eram proibidos de doar sangue. Simplesmente pelo fato do preconceito, voltado pelo medo das transmissões do vírus HIV, causador da AIDS, que se dá pelo contato sanguíneo, podendo ser ocasionado também pelo contato sexual (VIANA; VITTO; LIMA, 2020).

1.2 O DOADOR

Doador é aquele indivíduo que oferece gratuitamente um bem. A doação de sangue, é um ato solidário e nobre que desempenha um papel fundamental na saúde e na sobrevivência de inúmeras pessoas pode se classificado como:

Doador autóloga: doação realizada pelo paciente para uso próprio. (HEMOCENTRO, s. d)

Doador voluntário ou espontâneo: todo o indivíduo que doa sangue sem conhecer o paciente, de maneira altruísta, que vai receber o sangue por ele doado. (HEMOCENTRO, s. d)

Doador de reposição: aquela pessoa que doa para algum paciente internado em determinado hospital e necessita de sangue, atendendo a solicitação feita pelo serviço social do Banco de Sangue (HEMOCENTRO, s. d).

Os critérios básicos para poder doar sangue: idade entre 16 anos a 69, sendo que os candidatos de 16 e 17 anos devem ter o consentimento dos responsáveis, pesar mais de 50 quilos, não estar de jejum, estar descansado (ter dormido pelo menos 6 horas nas últimas 24 horas), apresentar documento original com foto recente, que permita a identificação do candidato, emitido por órgão oficial (FRASÃO, 2022).

Ademais, o hemograma realizado durante o procedimento da doação é completo e analisa informações das três principais linhagens

de células: glóbulos vermelhos (hemácias); plaquetas (coagulação sanguínea) e glóbulos brancos (leucócitos), sendo considerado um dos exames laboratoriais mais básicos e rotineiros (PLANETA BIOLOGIA s. d).

A captação de doadores tem papel importante na educação da população para a doação de sangue. Ao conscientizar a população, busca-se ampliar o número de doadores espontâneos, aumentando, assim, atingir qualidade do sangue e a média mensal, buscando um estoque satisfatório para suprir a demanda.

A Lei nº 1.075, de 27 de março de 1950, traz as seguintes considerações sobre a doação de sangue:

Art. 2º Será dispensado do ponto, no dia da doação de sangue, o funcionário público civil de autarquia ou militar, que comprovar sua contribuição para tais Bancos. (BRASIL, 1950)

Além de salvar vidas, são benefícios ao doador: Graças à Lei nº 1075/1950, os doadores têm direito a uma folga remunerada por ano; meia-entrada em teatros, cinemas; check-up completo e gratuito.

Recomendações para o doador no dia da doação: Não doar em jejum, repouso mínimo de 6 horas na noite anterior, não ter ingerido bebidas alcoólicas nas 12 horas antes da doação, evitar alimentos gordurosos pelo menos 3 horas antes e outros (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022)

Cuidados pós-doação: não fazer exercício físico nas 12 horas subsequentes à doação, beber bastante água, não fumar por cerca de 2 horas, evitar bebidas alcólicas por 12 horas, aguardar, no mínimo, uma hora para dirigir; não pegar peso com o braço utilizado para a doação e entre outros (G1, 2019).

Impedimentos definitivos: doenças transmissíveis pelo sangue, como, quadro de hepatite B e C, usuários de drogas ilícitas; portadores do vírus HIV (vírus da imunodeficiência humana), doenças relacionadas ao vírus HTLV (vírus linfotrópico da célula humana) dos tipos I e II e doença de chagas; malária e entre outros. (G1, 2019).

1.3 ETAPAS DA DOAÇÃO

Cadastro: O candidato à doação deve apresentar o documento original e oficial, informa seus dados, como endereço, telefone, e-mail e CEP. Menores entre 16 e 17 anos, precisam da autorização dos pais ou responsáveis (FUNDAÇÃO HEMOMINAS, 2021).

Triagem Clínica: O candidato responde a uma entrevista confidencial, com o objetivo de avaliar se a doação pode trazer riscos para ele ou para o receptor. É crucial que responda corretamente e honestamente às perguntas. Verificando também, o batimento cardíaco, pressão arterial, peso e temperatura do candidato (FUNDAÇÃO HEMOMINAS, 2021).

Teste de Anemia: verifica se o candidato à doação possui nível de hemoglobina “dentro dos parâmetros de normalidade”(FUNDAÇÃO HEMOMINAS, 2021).

Coleta: antes da coleta é feito um pré- lanche. A coleta de sangue é totalmente segura, sendo utilizada uma agulha estéril e descartável, é passada também, uma solução antisséptica no local onde será feita a punção, para coletar cerca de 450ml de sangue e amostras para a realização de exames obrigatórios por lei. Logo após, é feita orientações ao paciente, sobre os cuidados que devem ser feitos, como, beber bastante liquido, repouso e outros cuidados, e é realizado o pós- lanche (FUNDAÇÃO HEMOMINAS, 2021).

O caminho da bolsa até a transfusão: O sangue doado é testado para hepatite B e C, HIV (vírus da imunodeficiência humana), Chagas, sífilis e outros. Se um destes testes apresentar resultado alterado, o sangue doado não será utilizado e o doador será convocado para repetição dos exames. A bolsa de sangue total coletada é fracionada em até quatro hemocomponentes (hemácias, plasma, crio precipitado, plaquetas), podendo assim ajudar até quatro vidas (FUNDAÇÃO HEMOMINAS, 2021).

Nesse aspecto, as bolsas de sangue são distribuídas aos hospitais abastecidos, de acordo com a necessidade dos pacientes, para atender diversos casos, como anemias agudas (hemorragias, acidentes, cirurgias), diminuição do número de plaquetas (leucemias, quimioterapias), entre outras doenças hematológicas. Vale ressaltar que, inúmeras pessoas recebem transfusões sanguíneas que podem experimentar uma melhoria significativa em sua saúde e, em muitos casos, a chance de sobreviver (TDSA SISTEMAS, 2022).

A tabela a seguir mostra para quem se pode doar sangue e de quem se pode receber:

SANGUE TIPO	PODE DOAR PARA	PODE RECEBER
A+	AB+ e A+	A+, A-, O+, O-
A-	A+, A-, AB+ e AB-	A- e O-
B+	B+ e AB+	B+, B-, O+ e O-
B-	B+, B-, AB+ e AB-	B- e O-
AB+	AB+	Todos
AB-	AB+ e AB-	A-, B-, O- e AB-
O+	A+, B+, O+ e AB+	O+ e O-
O-	Todos	O-

Fonte: LEMOS, 2024

Os tipos sanguíneos são classificados de acordo com a ausência ou presença de antígeno na superfície das hemácias, chamadas de anticorpos (LEMOS, 2024).

1.4 A GRANDE IMPORTÂNCIA DE DOAR SANGUE

A doação de sangue está entrelaçada ao Princípio da Solidariedade e ao da Liberdade. O da Solidariedade pelo fato que devemos ser mais solidários com o próximo, relacionado com a coesão social. Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada nas mais variadas situações sociais (SOUZA, 2022).

O Princípio da Liberdade, pelo motivo da doação de sangue ser facultativa. Ninguém é obrigado a doar sangue. Sendo observado a liberdade de escolha individuais, elementos essenciais à dignificação humana (REI ADVOGADO. 2024).

A doação é importante em diversas situações médicas. Dessa maneira, há pessoas que sofrem de doenças crônicas sanguíneas, como distúrbios de coagulação, anemia falciforme, pacientes portadores de outras doenças como o câncer, também, vítimas de acidentes graves e indivíduos submetidos a cirurgias de grande porte também podem necessitar de transfusões regulares para manter sua saúde e aumentando sua expectativa de vida. (MEMED, 2022).

O ato de doar sangue faz muito bem para a saúde do doador, pois diminui a pressão arterial, podendo melhorar inclusive os níveis de colesterol. Além de reduzir o risco de desenvolver câncer de fígado. Um doador regular, têm menores chances de sofrer com qualquer tipo de câncer, porque a uma redução da presença de oxidativos no organismo e reduz riscos de infarto. Conseqüentemente, quando o sangue é retirado, há uma renovação celular que substitui as células sanguíneas mais velhas (AFYA, s. d).

A escassez de sangue pode prejudicar seriamente os pacientes que necessitam de sangue. Haja vista que, a demanda é urgente e constante. Infelizmente, a ciência ainda não localizou outra forma

de ajudar quem necessita de sangue, observando que não há um substituto do sangue humano.

2. ATUAL SITUAÇÃO

Segundo o Diretor da Organização Pan-Americana da Saúde, Dr. Jarbas Barbosa, “A disponibilidade de sangue ou plasma afeta todos os pacientes, especialmente aqueles que precisam de suporte transfusional vitalício ou recebem transfusões periodicamente”. A OPAS destaca a importância da doação regular e voluntária de sangue e plasma para garantir que os países mantenham um suprimento seguro e sustentável (OPAS, 2023).

Países como Austrália, Singapura e Irlanda consideram os sul-americanos não elegíveis a doação de sangue. Pelo fato do risco de doença de Chagas. Dessa maneira, a regra vale tanto para sistemas privados, quanto públicos (G1, 2023).

A Espanha é o país que mais doa sangue do mundo, sendo 4% da população, mais de 1,1 milhões de espanhóis foram doadores em 2022, sendo, quase 100% do seu sangue é através de doações voluntárias, sem nenhuma contrapartida. Estônia e Croácia estão em segundo e terceiro lugares, respectivamente (ROSA, 2023).

Todo final de ano acontece uma grande queda em relação a doação de sangue. A Organização Mundial de saúde (OMS), para ter um estoque regular, é preciso de 1.5% a 3% da população doem regularmente. No Brasil, tem apenas 1,8% de doadores. No país, é coletado uma média de 3,5 milhões de bolsas de sangue por ano (PAES, 2023).

Segundo o Ministério da saúde (2022), o ato de doar sangue regularmente foi feito por menos de 2% da população brasileira. Vale recordar que, no sexto mês do ano, comemora-se o Junho Vermelho, uma campanha para tentar coibir a falta de doação na coleta no país, foi criado o Dia Mundial de Doação de Sangue (14 de junho) e também é o dia que comemora o nascimento de Karl Landsteiner patologista

e biólogo austríaco que descobriu os grupos sanguíneos (FRAZÃO, 2016).

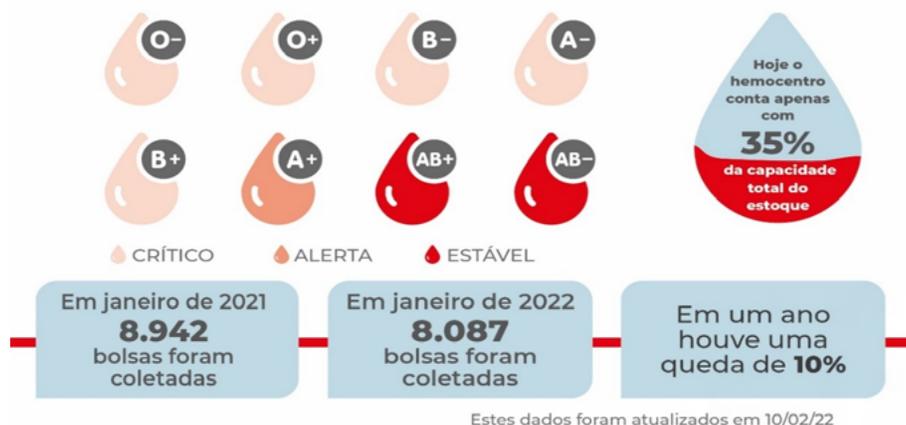
Durante a pandemia da Covid-19, os estoques de sangue dos hemocentros ficaram baixos. De acordo com o Ministério da Saúde, em 2019, foram 3,27 milhões de doações. Já no primeiro ano da Covid-19, no país, foram 2,95 milhões. Atualmente, a Fundação Pró-Sangue, uma entre os cinco maiores bancos de sangue da América Latina, ligada à Secretaria de Saúde do Governo de São Paulo, só possui 40% de abastecimento do estoque, o que é considerado muito pouco. Normalmente, os tipos sanguíneos que mais estão em falta são: O +; O-; A-; B- (CÓCOLO, 2021)

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres representam 51,1% da população brasileira, porém, de acordo com o GSH (Banco de Sangue de São Paulo), apenas 41% das doações realizada na instituição em 2022 foram feitas pelo público feminino. Vale lembrar, que mulheres podem doar sangue menos vezes que os homens. Enquanto eles doam até 4 vezes por ano, elas podem doar com intervalos de 90 dias, até 3 vezes, em função da perda menstrual. Além disso, não podem doar quando estão amamentando ou grávidas. (PORTAL HOSPITAIS BRASIL, 2023).

Nos últimos anos, a história da hemoterapia brasileira obteve importantes avanços, para ofertar à população segurança e qualidade no seu produto final. Ademais, esses avanços foram possíveis devido à reestruturação dos serviços, legitimação da doação de sangue como uma forma altruísta, voluntária, regulamentos técnicos, treinamento legislação, avanços tecnológicos e modernização de procedimentos (SARAIVA, 2005).

Pois, eventualmente, na maioria das vezes as pessoas fazem a doação apenas quando algum familiar ou conhecido necessita, e a maioria não tem o hábito de doar sangue. Nesse contexto, inúmeras pesquisas com esse tema, está permitindo o conhecimento sobre os testes utilizados no processo de triagem de sangue, bem como o tipo de metodologia usada.

ESTOQUE DE SANGUE NOS POSTOS DE COLETA DA FUNDAÇÃO PRÓ-SANGUE



Fonte: Alesp –Estoque de sangue em São Paulo de 2022 (OLIVEIRA, 2022)

O Projeto de Lei nº 340/2023, autoriza os estabelecimentos de saúde, públicos e privados, a oferecer aos doadores regulares de sangue, gratuitamente, a realização do exame laboratorial de hemograma completo. Tem o intuito de estabelecer um procedimento de qualidade e com o objetivo de estimular as doações e a detecção precoce de doenças. Vale destacar, que a doação de sangue foi muito prejudicada pela pandemia de Covid-19, em virtude das restrições que passaram a ser aplicadas aos doadores que apresentavam sintomas de gripe (CONSELHO NACIONAL, 2023).

3. PRECONCEITO AOS HOMOSSEXUAIS

O Brasil é o país que mais mata homossexuais no mundo, no ano de 2020, ocorreu um assassinato de homossexuais a cada 29 horas, conseqüentemente, o preconceito é muito evidente, sendo um problema estrutural e enraizado na sociedade brasileira. Ao longo da história, a diversidade sexual e de gênero tem sido frequentemente mal interpretada, culminando em estigma e exclusão (DIAS, 2022)

A diversidade é um dos pilares de uma sociedade e determina o quanto ela é inclusiva e acessível para todas as pessoas. Infelizmente, se manifesta de diversas maneiras, desde piadas ofensivas até agressões físicas e leis discriminatórias, que prejudicam o direito à igualdade de tratamento

Mesmo quando ainda nem existia testes para HIV, o fato de ser homossexual já deixava a pessoa proibida de doar sangue. Sendo que atualmente temos teste e vários tipos de exames que são realizados durante a doação de sangue, mas infelizmente o preconceito ainda prevalece (OLIVEIRA, 2020).

4. JULGAMENTO DA ADI 5543

Em 2016, o grupo LGBTQIA+ e a Defensoria Pública da União realizou uma audiência pública, que se intitulava como “Igualdade na veia, doação de sangue por homossexuais“. Nessa audiência, foram convidados vários membros do Governo Federal, especificamente do Ministério da Saúde e da ANVISA, para ser discutido a respeito da proibição de doação de sangue entre homens que faziam sexo com outros homens durante os últimos 12 meses (IBDFAM, 2020).

Naquela época, infelizmente não houve negociação com o Governo Federal, pois a ANVISA e a Secretaria da saúde eram muito radicais no sentido de proibir em que homens que fizessem sexo com homens (IBDFAM, 2020).

O contexto atual em que vive a minoria LGBTQIA+, demonstra claramente a influência histórica de séculos marcados pelo preconceito, marginalização e perseguição sofrida. As restrições do art. 64, IV da Portaria nº 158/2016, ligadas a doação de sangue por homossexuais, foi observado não apenas sob a luz da Constituição Federal, mas conforme a história discriminatória que essa minoria vive (VIANA; VITTO; LIMA, 2020).

Antigamente, havia uma proibição de doação de sangue por homens homossexuais, bissexuais, além de suas parceiras sexuais, a partir da análise da Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, onde,

promove a discriminação de homossexuais, agredindo à igualdade e à dignidade humana, bem como o princípio da proporcionalidade, como foi pontuado a cima (BRASIL, 2016).

O relato da ação direta de inconstitucionalidade 5543, basicamente informava que o Partido Socialista Brasileiro (PSB), em junho de 2016, com pedido de medida cautelar, propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo como objeto o art. 64, IV da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (VIANA; VITTO; LIMA, 2020).

Dessa forma, por um período de 12 meses, relatavam que os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo eram impedidos de doar sangue.

A Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, em seu art. 64, IV, dispunham:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: (...)
IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes. (BRASIL, 2016)

Anteriormente, o raciocínio era que se um homem ficasse por um ano sem fazer sexo com outros homens reduziria o risco de transmitir certas infecções, como o HIV (vírus da imunodeficiência humana). No entanto, esta política discriminava os membros das comunidades LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais) (CDD, 2022).

Eram desrespeitados os princípios da dignidade humana, igualdade, liberdade e proporcionalidade, dispostos no art. 5º, caput da Constituição Federal (IBDFAM, 2020).

O princípio da igualdade significa evitar discriminações injustificáveis. Com a ADI, a doação de sangue por homossexuais foi

vista como discriminatória ou apenas uma questão de saúde pública (MARTINS, 2020).

O Princípio da Dignidade Humana tem um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do ser humano. Nesse contexto, quando há uma limitação de doação de sangue por essa minoria, surge o questionamento se a dignidade humana daqueles possíveis doadores é ferida, pelo simples fato de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo (PEREIRA, 2023).

O princípio da liberdade, indica que cada um é livre para manifestar sua vontade. Porém, a limitação da doação de sangue pelos homossexuais, o impacto é causado por restringir apenas um grupo, uma minoria específica, que já sofre inúmeros preconceitos e descriminalização (REI ADVOGADO. 2024).

O Princípio da proporcionalidade é definido como um estado de equilíbrio, com a restrição de 12 meses para que homossexuais que se relacionam possa doar sangue, surge o questionamento se o tempo é proporcional. Isso se deve ao fato de que a limitação normativa visa preservar a saúde do receptor, mas acaba estigmatizando um grupo social (AMBAR, 2018).

Diante do impasse de 2016, foi proposta uma ADI no Supremo Tribunal Federal em 2020, na qual a Defensoria Pública da união fez parte e defendeu que homens que se relacionavam com outros homens pudessem realizar a doação de sangue, desde que fizessem exames, como qualquer outro cidadão, para realizar uma doação segura e sem preconceitos vigentes (STF, 2020).

4.1 A DECISÃO INÉDITA DO STF SOBRE A ADI 5543

Em 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), finalizou a votação da ADI 5543, onde, considerou inconstitucionais as normas que excluía do rol de habilitados para doação de sangue, a não permissão de doação de sangue pela comunidade LGBTQIA+, em

que os homens que tiveram relações sexuais com outros homens ou parceiras nos 12 meses antecedentes (STF, 2020).

Contudo, a restrição da ADI 5543 foi alterada no Brasil pelo Superior Tribunal Federal (STF), ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), com a maioria dos votos (7 a 4), pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2020, em decisão inédita. Afinal, a votação considerou discriminatórias e inconstitucional as regras da Anvisa e do Ministério da Saúde, que vetavam o ato. No final de 2021, um Federal, onde, pedia a proibição da discriminação de doadores de sangue por orientação sexual (AGÊNCIA SENADO, 2021).

Na ação, essa proibição considerava os homens homossexuais como vida sexual ativa à possibilidade de contágio por doenças sexualmente transmissíveis (DST). Também, o PSB pontuou que tal restrição a um grupo específico configura preconceito, alegando que o risco em contrair uma DST advém de um comportamento sexual e não pelo fato da orientação sexual de alguém que tem a disponibilidade de doar sangue (STF, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos anos 80, com o surto da AIDS, com a precariedade da tecnológica, não permitia uma detecção rápida da doença, o que tornava uma grande restrição. Dessa forma, a legislação brasileira da época restringiu expressamente homens homossexuais de doarem sangue. Grupo este que historicamente, sempre sofreu com o preconceito.

Durante a pandemia do COVID-19, exigiu-se o distanciamento social, com isso, os estoques de sangue, estavam cada dia mais baixos por conta da redução de doadores. Como o problema da falta de sangue, que não atinge unicamente quem necessita de transfusão, a discussão do julgamento da ADI voltou à pauta do STF.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) foi votada e decidida em 2020, com base nos princípios da igualdade e da dignidade

da pessoa humana. É válido destacar que, o relator do julgamento, o Ministro Edson Fachin, votou a favor da ADI, trazendo a importância de ambos os princípios. Também, votaram segundo o relator, os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Os ministros que votaram contra a ação, estavam Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Os mesmos, justificaram seus votos utilizando como base o processo laboratorial, na qual, o sangue deveria passar, para que fosse aprovado.

Outrossim, essa decisão não trouxe nenhuma consequência a saúde pública, e sim, promoveu a liberdade sexual dos cidadãos. Consequentemente, essa decisão terá grande influência na luta do grupo LGBTQIA+, já que garante direitos e liberdades individuais, tão básicas como doar sangue. Decisões como a ADI, é muito importante para não permanecer os preconceitos, seja no ordenamento jurídico e na sociedade, vindo de um grupo minoritário, com um passado marcado pela violência e rejeição. Afinal, restringir um indivíduo desse ato de solidariedade é retirar dele sua dignidade, vedando o direito e a possibilidade de salvar vidas.

REFERÊNCIAS

AFYA. **Doar sangue faz bem?** Conheça os benefícios para o doador. Disponível em: <https://graduacao.afya.com.br/medicina/doar-sangue-faz-bem#>. Acesso em: 27.dez.2023.

AGÊNCIA SENADO. **Aprovado projeto que proíbe discriminação de doadores de sangue por orientação sexual.** 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/04/aprovado-projeto-que-proibe-discriminacao-de-doadores-de-sangue-por-orientacao-sexual>. Acesso em: 26.fev.2024.

AMBAR, Jeanne. **Princípio da proporcionalidade.** 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-proporcionalidade/515414918>. Acesso em: 20.mar.2024.

BRASIL. **Lei Nº 1.075, de 27 de março de 1950.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11075.htm Acesso em: 02.dez.2023.

BRASIL. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016.** Disponível em: https://BVSMS.SAUDE.GOV.BR/BVS/SAUDELEGIS/GM/2016/PRT0158_04_02_2016.HTML. Acesso em: 17.mar.2024.

CDD. **Pessoas LGBTQIA+ podem doar sangue?** 2022. Disponível em: <https://cdd.org.br/noticias/pessoas-lgbtqia-podem-doar-sangue/>. Acesso em: 26.fev.2024.

CÓCOLO, Victória. **Apenas 19% dos brasileiros doam sangue regularmente.** 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/apenas-19-dos-brasileiros-doam-sangue-regularmente-diz-pesquisa/>. Acesso em 28.dez.2023.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **8ª Conferência nacional de saúde (1986).** 2022. Disponível: <https://conselho.saude.gov.br/>

conferencias-cns/2349-8-conferencia-nacional-de-saude-1986. Acesso em: 10.dez.2023.

CONSELHO NACIONAL. **Projeto de Lei Nº 340/2023**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-340-2023>. Acesso em: 20.nov.2023.

DIAS, Pâmela. **Brasil teve 300 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+**. 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em: 29.mar.2024.

FRASÃO, Gustavo. **Conheça os critérios do Ministério da Saúde para doação de sangue**. 2022. Disponível: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/conheca-os-criterios-do-ministerio-da-saude-para-doacao-de-sangue>. Acesso em: 12.dez.2023.

FRAZÃO, Dilva. **Biografia de Karl Landsteiner**. 2016. Disponível em: https://www.ebiografia.com/karl_landsteiner/. Acesso em: 10.dez.2023.

FUNDAÇÃO HEMOMINAS. **Doar sangue**. 2021. Disponível em: <https://www.hemominas.mg.gov.br/servicos/doar-sangue>. Acesso em: 17.mar.2024.

G1. **Doação de sangue: quem pode, quais os cuidados e quem não pode doar?** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2019/05/02/doacao-de-sangue-quem-pode-quais-os-cuidados-e-quem-nao-pode-doar.ghtml>. Acesso em: 17.mar.2024.

G1. **Por que brasileiros não podem doar sangue em alguns países**. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2023/03/29/por-que-brasileiros-nao-podem-doar-sangue-em-alguns-paises.ghtml>. Acesso em: 27.dez.2023

GIRNOS, Rodrigo. **Um breve histórico das transfusões de sangue**. 2010. Disponível em: <https://1library.org/article/um-breve-historico-das-transfusoes-de-sangue.z1dopkdp> Acesso em: 07.dez.2023.

IBDFAM. 2020. **Restrição à doação de sangue por homossexuais é inconstitucional, decide STF**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7250/Restricao-a-doacao-de-sangue-por-homossexuais-e-inconstitucional-decide-STF>. Acesso em: 29.mar.2024.

JUNQUEIRA, Pedro C.; ROSENBLIT Jacob; HAMERSCHLAK, Nelson. 2005. **História da Hemoterapia no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbhh/a/KPf53b35B5jDZqSkmtJKkZj/>. Acesso em: 16.nov.2023.

LEMOS, Marcela. **Tipos sanguíneos**. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/tipos-de-sangue/>. Acesso em: 20.mar.2024.

MARTINS, Ivo. **Princípio da igualdade**. 2020. Disponível em: <https://direitodesenhado.com.br/principio-da-igualdade/>. Acesso em: 20.mar.2024.

MEMED. **Qual a importância de doar sangue**. 2022. Disponível em: <https://blog.memed.com.br/qual-e-a-importancia-da-doacao-de-sangue/>. Acesso em: 24.dez.2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2022. **Conheça os critérios do Ministério da Saúde para doação de sangue**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/conheca-os-criterios-do-ministerio-da-saude-para-doacao-de-sangue#>. Acesso em: 20.nov.2023.

OLIVEIRA, Joana. **Em decisão histórica, STF derruba restrição de doação de sangue por homossexuais**. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-08/>

em-decisao-historica-stf-derruba-restricao-de-doacao-de-sangue-por-homossexuais.html. Acesso em: 29.mar.2024

OPAS.OPAS faz um chamado pelo aumento das doações de sangue e plasma para garantir um suprimento seguro e sustentável. 2023. Disponível: <https://www.paho.org/pt/noticias/14-6-2023-opas-faz-um-chamado-pelo-aumento-das-doacoes-sangue-e-plasma-para-garantir-um> Acesso em: 12.dez.2023.

PAES, Dora. **Doação de sangue:** preocupação com a chegada de fim de ano. 2023. Disponível em: <https://www.folha1.com.br/geral/2023/11/1294614-doacao-de-sangue-preocupacao-com-chegada-do-fim-de-ano.html>. Acesso em: 17.mar.2024.

PEREIMA, Rosane; ARRUDA, Mariluz; REIBNITZ, Kenya; GELBCKE, Francine. **Projeto Escola do Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina:** uma estratégia de política pública. Florianópolis. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/mxT5s6SVbQfLSszD8M7BWtw/>. Acesso em: 20.nov.2023.

PEREIRA, Aline. **O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.** 2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 20.mar.2024.

PLANETA BIOLOGIA. s.d. **As células sanguíneas e suas funções.** Disponível em: <https://planetabiologia.com/as-celulas-sanguineas-e-suas-funcoes/>. Acesso em: 20.mar.2024.

PORTAL HOSPITAIS BRASIL. **Mulheres ainda representam a minoria do público que doa sangue.** 2023. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/mulheres-ainda-representam-a-minoria-do-publico-que-doa-sangue/>. Acesso em: 20.dez.2023.

REI ADVOGADO. **Princípio da Liberdade:** Entenda seu significado e aplicação na sociedade contemporânea. Disponível em:

<https://reyabogado.com/brasil/qual-o-principio-de-liberdade/>. Acesso em: 20.dez.2023.

ROSA, Alberto. **Boas notícias: sabes quantos doadores de sangue há em Espanha?** 2023. Disponível em: https://www.consumidorglobal.com/pt/noticias/boas-noticias-sabes-quantos-doadores-sangue-ha-espanha_6013_102.html. Acesso em: 28.dez.2023.

SARAIVA, João. **A hemoterapia no Brasil.** 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbhh/a/Wvb9nQq7MgCLwCY8tVNrK8f/>. Acesso em: 20.mar.2024.

SOUZA, Luiza. **O princípio constitucional da solidariedade e a sua expressão no ordenamento jurídico brasileiro.** 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96007/o-principio-constitucional-da-solidariedade-e-a-sua-expressao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 29. Mar.2024

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proibição de doação de sangue por homens homossexuais é inconstitucional, decide STF.** 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443015&ori=1>. Acesso em: 29.mar.2024.

TDSA SISTEMAS. **Banco de sangue: entenda como funciona.** 2022. Disponível em: <https://tdsa.com.br/blog/banco-de-sangue-saiba-o-que-e-e-como-funciona/>. Acesso em: 17.mar.2024.

VIANA, Amanda; VITTO, Giovanna; LIMA, Laura. **ADI 5543 - A Decisão do STF sobre a restrição da doação de sangue por homossexuais no Brasil e a liberdade individual.**2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/adi-5543-a-decisao-do-stf-sobre-a-restricao-da-doacao-de-sangue-por-homossexuais-no-brasil-e-a-liberdade-individual/850157229>. Acesso em: 26.fev.2024.

COMPLIANCE E GOVERNANÇA DE DADOS (PROGRAMA DE GOVERNANÇA DE DADOS)

Ezequias Araújo Cunha¹¹

RESUMO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018 é uma importante ferramenta para proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos brasileiros e aumentar a transparência e a responsabilidade no tratamento desses dados pelas empresas e organizações. A Lei 13.709/2018 deixa claro ao indivíduo o reconhecimento da existência de uma situação de vulnerabilidade por parte do titular do dado em detrimento dos agentes de tratamento de dados. Espera-se que este artigo contribua para a implementação de programas de governança de dados em conformidade com a LGPD e as diretrizes de compliance em empresas que lidam com dados pessoais. Além disso, o programa de governança de dados pode trazer benefícios como a melhoria da qualidade dos dados, a redução de riscos relacionados à proteção de dados e a construção de confiança com os clientes e stakeholders. Por outro lado, a implementação de um programa de compliance eficiente pode ajudar as empresas a garantir a conformidade com leis, regulamentos e normas aplicáveis, além de ajudar a identificar e gerenciar riscos de forma proativa. Um programa de compliance bem desenvolvido pode também melhorar a imagem da empresa, aumentar a confiança dos investidores e melhorar as relações com os clientes e fornecedores. Portanto, a implementação de um programa de governança de dados eficiente e de um programa de compliance

11 Oficial de Justiça - Central de Mandados, Timon/MA, Membro do Grupo de Trabalho Técnico no TJ/MA (Adequação e Implementação da LGPD no TJ/MA); Mestrando em Gestão e Políticas Públicas (ISCSP-Universidade de Lisboa Portugal), Pós-Graduando em Direito Digital e Inteligência Artificial (Uninter) Pós-Graduado em Direito da Proteção e Uso de Dados (ESMAM-PUC/MG), Pós-Graduado em Perícias de Avaliação Patrimonial de Bens e Direitos (ESMAM-UNYLEYA/RJ), Conciliador e Mediador Judicial CNJ/ESMAM, Pós-Graduado em Gestão e Políticas Públicas (Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas_ULisboa/PT), Pós-graduado em Gestão Pública (UFMA/ESMAM), Bacharel em Direito e Bacharel em Enfermagem e Obstetrícia CESB/UEMA.

adequado são fundamentais para o sucesso das organizações no atual cenário empresarial. A abordagem estratégica, a avaliação contínua e o comprometimento de toda a equipe são fundamentais para garantir a eficácia desses programas e alcançar os resultados desejados.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados; compliance; privacidade.

INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre Compliance e Governança de Dados (Programa de Governança de Dados). De acordo com o estudo de caso proposto, a empresa IMPACTA X, renomada empresa do ramo da tecnologia e serviços de consultoria que trata alto volume de dados pessoais de seus clientes, que atua neste ramo por mais de 20 anos, adotam mecanismos de controle e compliance em todos os setores da empresa.

Os gestores da empresa, preocupados com a conformidade exigida pela Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709/18 (LGPD), contrataram um profissional auditor para lhe fornecerem informações iniciais sobre as diretrizes de comprovação e adequação exigidas pela lei.

Posteriormente, o auditor da área de Proteção de Dados levantou o estabelecido na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em sua Seção II, Das Boas Práticas e da Governança, em seu art. 50 § 2º, sobre as características mínimas de um Programa de Governança em Privacidade. No momento não há qualquer medida para a formalização do Programa, contudo, os gestores da empresa já desejam instituir o comitê LGPD para iniciar o Programa com o apoio imediato da equipe.

Diante das informações do caso, pede-se que se responda, de maneira fundamentada, às seguintes questões: como deve ser realizado um Programa de Governança de Dados em conformidade capaz de comprovar e resguardar todos os aspectos da LGPD?; a melhor estrutura a ser definida para o Programa, considerando metodologias e fases desejadas?; como podemos, de forma estratégica, definir as

melhores fases? como as diretrizes do compliance podem auxiliar na efetividade do Programa de Governança de Dados?

Inicialmente precisamos compreender que a criação de uma estrutura ideal para um programa de governança de dados dependerá das necessidades e objetivos específicos da organização. Os componentes dessa estrutura podem ser adaptados e ajustados para atender às necessidades específicas da organização. Um programa de governança de dados eficaz precisa também estar em plena conformidade com as leis e regulamentos que regem a atuação dentro do ordenamento jurídico, no caso o brasileiro.

Dessa forma, para a criação de um programa de governança de dados em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados devemos nos atentar, sobretudo, à algumas estratégias.

Realizar o mapeamento dos dados por exemplo é essencial para identificar os dados pessoais coletados, processados, armazenados e compartilhados em toda a organização. Logo após, deve-se analisar os riscos para identificar os perigos e precauções que devem ser adotadas e estejam associados ao processamento dos dados pessoais, incluindo a possibilidade de violação de dados e outros riscos de conformidade.

Deve-se definir e elaborar políticas e procedimentos claros e concisos para proteger os dados pessoais e garantir a conformidade com a LGPD. Importante também, por meio da educação, implementar constantes treinamentos e conscientização para garantir que todos os funcionários e partes interessadas relevantes estejam cientes das políticas e procedimentos de privacidade de dados e entendam como eles devem ser implementados.

Estabelecer um sistema de monitoramento e auditoria para garantir que as políticas e procedimentos de privacidade de dados sejam implementados e mantidos adequadamente em toda a organização. Estabelecer um plano de resposta a incidentes para lidar com violações de dados pessoais, incluindo notificação de violações à autoridade de proteção de dados e às pessoas afetadas.

Revisar regularmente as políticas e procedimentos de privacidade de dados para garantir que eles estejam atualizados e em conformidade com a LGPD.

Além disso, é importante contar com profissionais especializados em privacidade de dados e segurança da informação para garantir a efetividade do programa de governança de dados em conformidade com a LGPD.

A LGPD também exige a nomeação de um Encarregado de Proteção de Dados (DPO), que deve ser um profissional com conhecimento especializado em privacidade de dados e ser independente na organização para supervisionar a conformidade com a LGPD.

No entanto, esta não é uma tarefa simples, não basta tão somente uma criação de um programa ou regimentos internos definindo essas políticas. É necessário aplicá-las dentro da organização. Dentre as várias formas de se organizar essas diretrizes e evitar graves problemas na organização, o compliance se revela como estratégia eficaz.

Nesse momento, as diretrizes de compliance podem ser uma parte importante da efetividade do Programa de Governança de Dados, pois fornecem orientações para a conformidade com as leis e regulamentos. Podem auxiliar na efetividade do programa através por exemplo da Conformidade Regulatória, as diretrizes de compliance ajudam a garantir que a organização esteja em conformidade com a LGPD. Isso ajuda a mitigar o risco de sanções, multas e outras penalidades por violações regulatórias.

No que pertine à proteção de dados, as diretrizes de compliance ajudam a garantir que a organização esteja protegendo os dados pessoais dos clientes e funcionários, incluindo medidas de segurança adequadas para prevenir violações de dados.

Para gerar uma maior transparência, as diretrizes de compliance podem ajudar a garantir a transparência no uso e tratamento dos dados pessoais, fornecendo informações claras e precisas sobre a coleta, processamento, armazenamento e compartilhamento de dados.

As diretrizes de compliance ajudam ainda a estabelecer a responsabilidade da organização em relação aos dados pessoais que ela processa, incluindo o dever de notificação em caso de violações de dados. Garantem inclusive que a organização esteja gerenciando adequadamente os riscos associados à coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais.

Ao seguir as diretrizes de compliance, a organização pode estabelecer um ambiente em que a privacidade dos dados pessoais é protegida, os riscos são gerenciados adequadamente e a transparência e a responsabilidade são mantidas. Isso, por sua vez, contribui para a efetividade do Programa de Governança de Dados em geral.

Assim, busca-se de forma clara e fundamentada responde às questões do caso, com a atenção voltada à eficiência do programa de proteção de dados e sua estrutura regulatória, a apresentando estratégias para elaboração desse programa que atente para as diretrizes constantes na Lei Geral de Proteção de Dados.

1. PROGRAMA DE GOVERNANÇA DE DADOS

Um programa de governança de dados é um conjunto de políticas, processos e estruturas que uma organização implementa para gerenciar seus dados de forma eficaz e garantir a qualidade, segurança, privacidade e conformidade de seus dados. É uma abordagem sistemática e estratégica para gerenciamento de dados, que visa garantir que as informações da organização sejam gerenciadas de forma consistente e alinhada aos objetivos estratégicos e regulamentares (BARBOSA; LYRA, 2019).

O programa começa com a definição dos proprietários dos dados e estabelecimento de regras claras de gerenciamento, incluindo a definição de padrões de qualidade, segurança e privacidade, bem como o estabelecimento de procedimentos para monitorar e melhorar continuamente esses padrões. Ele pode envolver a criação de um comitê de governança de dados para supervisionar e orientar a estratégia de gerenciamento de dados da organização.

O objetivo final é criar uma cultura de dados na organização, em que todos os funcionários compreendam a importância dos dados e estejam comprometidos em garantir que eles sejam gerenciados de forma eficaz. Isso ajuda a garantir a conformidade regulatória, melhora a tomada de decisões baseadas em dados e maximiza o valor dos dados para a organização.

Nada mais é que o conjunto de regras de boas práticas e governança a serem aplicadas pelos agentes de tratamento no tratamento de dados pessoais, e dentre essas normas de boas práticas e governança inclui-se a observância à alguns princípios, como se pode observar no disposto no artigo 50, §2º, inciso I da lei 13.709/2018.

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas. (BRASIL, 2018)

Ao implementar um programa de governança de dados eficiente, a organização pode obter vários benefícios, como uma melhor tomada de decisões baseada em dados, uma maior eficiência operacional, uma melhor colaboração entre as equipes e uma melhor compreensão dos clientes e do mercado.

Dessa forma, toda e qualquer empresa que vise a construção de um Programa de Governança de Dados, deve observar sobretudo o que dispõe o artigo 50, §2º da LGPD, que estabelece que as empresas e organizações que tratam dados pessoais devem implementar um programa de governança em privacidade, que deve conter, no mínimo, as seguintes características (BRASIL, 2018):

- a. Objetivos: o programa deve ter objetivos claros e definidos, alinhados com a política de privacidade da organização;
- b. Estrutura: deve haver uma estrutura organizacional adequada para implementar e manter o programa de governança em privacidade, incluindo nomeação de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais (DPO) e a criação de uma equipe multidisciplinar para auxiliar na implementação do programa;
- c. Processos: devem ser estabelecidos processos claros e definidos para a gestão de riscos e incidentes de privacidade, bem como para a implementação de medidas técnicas e organizacionais de segurança da informação;
- d. Documentação: é necessário documentar todas as etapas do programa de governança em privacidade, incluindo políticas, procedimentos, relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, entre outros;
- e. Comunicação: é importante que a organização comunique de forma clara e transparente aos titulares dos dados pessoais e aos demais envolvidos (como parceiros e fornecedores) sobre a forma como os dados são tratados e protegidos;

- f. Monitoramento: é preciso monitorar continuamente o programa de governança em privacidade e realizar revisões periódicas para garantir que o programa esteja em conformidade com a legislação de proteção de dados.

Essas são as características mínimas estabelecidas pela LGPD para um programa de governança em privacidade. No entanto, é importante lembrar que cada organização pode adotar medidas adicionais para garantir a proteção dos dados pessoais sob sua responsabilidade, considerando as especificidades de sua atividade econômica e o tipo de dados tratados.

A implementação de um programa de governança de dados é fundamental para o sucesso de uma organização nos dias de hoje, e que a abordagem estratégica e o comprometimento de toda a equipe são fundamentais para garantir a eficácia desse programa.

2. COMPLIANCE

É preciso compreender adequadamente o que é Compliance. Compliance é um termo em inglês que se refere à conformidade ou adequação da empresa às normas, leis e regulamentações aplicáveis ao seu ramo de atividade (MALUF, 2022).

Diz-se conformidade no sentido da conformação, da observância e da adequação a leis, normas e preceitos éticos. Essa conformidade pode abranger diversas áreas da empresa, incluindo questões de ética, governança, meio ambiente, segurança, saúde e segurança ocupacional, e privacidade de dados, entre outras.

Para André Castro Carvalho:

A conformidade não se atinge tão simplesmente pela observância de leis. Se dá, também, por meio da adoção de um conjunto de disciplinas e estratégias voltadas a que se faça cumprir as normas legais e

regulamentares a que se sujeita uma organização. Também se atinge a conformidade por meio do estabelecimento e cumprimento, motu próprio, de políticas e diretrizes de natureza procedimental e ética estabelecidas pela própria organização. (ALVIM, BERTOCCELLI; CARVALHO; VENTURINI, 2021, p. 791-792).

O objetivo do compliance é garantir que a empresa cumpra com as obrigações legais e éticas aplicáveis e minimize os riscos associados à não conformidade. Trata-se do conjunto de esforços voltados a fazer com que uma organização, e seus membros, assumam comportamentos virtuosos ou desejáveis. Para isso, é necessário estabelecer políticas, processos e controles internos para garantir que a empresa esteja operando de acordo com as leis e regulamentos.

Nesse diapasão, Renato de Mello Silveira e Eduardo Saad-Diniz assim se referem ao termo compliance

Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2022).

Portanto, compliance pode ser definido como um sistema materializado, complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, constante em uma Programa de Compliance Efetivo, com o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um

ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão (BERTOCELLI, 2018).

O compliance pode ser gerenciado internamente pela empresa ou com a ajuda de consultores externos especializados. As empresas podem implementar programas de compliance, que envolvem treinamento de funcionários, monitoramento e auditoria de processos internos e ações corretivas em caso de violações.

A adoção de um programa de compliance pode trazer diversos benefícios para a empresa, incluindo a redução de riscos, melhoria da imagem e reputação, aumento da eficiência operacional e mitigação de sanções, multas e outras penalidades por violações regulatórias.

Assim, o compliance, no que se refere a proteção de dados pessoais e privacidade, se apresenta como uma das escolhas mais adequada. A partir da sanção da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual passou a vigorar em 16/08/2020 surgiu a necessidade e a urgência em adotar programas de compliance.

Independentemente da LGPD, o tema envolve riscos reputacionais importantes, na medida em que o tratamento de dados pessoais potencialmente afeta diretamente a vida de clientes e, indiretamente, os negócios de parceiros.

Os riscos regulatórios atuais, inclusive de multas, são significativos, e o serão ainda mais no futuro. A matéria é crucial para o desenvolvimento de negócios baseados no processamento e fluxo de dados pessoais e o conteúdo comportamental ético do tema é relevantíssimo e, por isso mesmo, a implantação completa de programa efetivo leva tempo (LIMA, 2023).

3. LEGISLAÇÃO CORRELATA

No ordenamento jurídico brasileiro, várias leis e regulamentações podem ser relacionadas ao compliance. Em que pese não haver no Brasil uma legislação específica que verse sobre a matéria especificamente, existem algumas leis esparsas que podem ser correlacionadas à proteção de dados e ao compliance. Além disso

existem regulamentos estrangeiros que servem inclusive para inspirar na criação de programas efetivos.

Um bom exemplo de regulamentação estrangeira e que serve de inspiração é a U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), uma lei norte-americana de anticorrupção, que foi promulgada em 1977 com o objetivo de combater a corrupção em negócios internacionais. Ela adota medidas preventivas e punitivas em casos de corrupção, determina o cumprimento de várias regras na utilização de dados pessoais pelas empresas, inclusive entre os países que são signatários de suas convenções, servindo de instrumento de cooperação para com as autoridades norte-americanas (ALVAREZ; MARTINS; MARTINS, 2022).

Outra norma estrangeira inspiradora é a Lei Antissuborno do Reino Unido de 2010 (UK Bribery Act 2010), uma legislação britânica que tem como objetivo combater a corrupção e o suborno em negócios internacionais. Ela entrou em vigor em 1º de julho de 2011 e tem aplicação extraterritorial, ou seja, pode ser aplicada a empresas e indivíduos que não sejam residentes ou tenham sede no Reino Unido. O UK Bribery Act é considerado uma das leis mais rigorosas e abrangentes do mundo em relação ao combate à corrupção e ao suborno. Ele é aplicável a qualquer empresa que faça negócios no Reino Unido ou tenha conexões com o Reino Unido, mesmo que sua sede esteja em outro país. Por essa razão, é importante que as empresas que atuam em negócios internacionais conheçam e estejam em conformidade com as disposições da UK Bribery Act (OLIVEIRA, 2023).

Outro bom exemplo é a Lei Sapin II, uma legislação francesa de combate à corrupção que entrou em vigor em 2017. Ela é nomeada em homenagem ao ex-ministro das Finanças da França, Michel Sapin, que a propôs. A lei tem como objetivo prevenir e combater a corrupção e o suborno em empresas francesas e multinacionais com presença na França. Além disso, a Lei Sapin II exige que as empresas documentem todas as medidas adotadas para implementar seu programa de compliance e avaliem regularmente sua eficácia. As empresas também

devem nomear uma pessoa responsável pelo compliance e garantir que a alta administração esteja comprometida com a luta contra a corrupção (ALVAREZ; MARTINS; MARTINS, 2022).

No Brasil não existe uma regulamentação específica que verse sobre direito digital, compliance e proteção de dados, de forma direta, mas existem lei correlatas que podem e devem ser aplicadas e observadas pelas empresas no momento da elaboração de um programa de governança de dados, senão vejamos.

Por exemplo, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), de igual forma, possui regras gerais que contêm pontos afeitos à matéria digital, como por exemplo a regulamentação do home office, ou teletrabalho, feita pela reforma trabalhista. É natural que as organizações busquem compliance com os dois tipos de norma. Cabe aos especialistas encontrar e indicar os caminhos (BRASIL, 2014).

Pode-se também observar a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que estabelece regras para o combate à corrupção no Brasil e prevê a responsabilidade objetiva das empresas por atos de corrupção praticados em seu nome ou em seu benefício (BRASIL, 2013).

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) é outra normativa correlata que merece observância pelas empresas, uma vez que prevê o direito dos cidadãos de acessarem informações públicas, além de estabelecer regras para a transparência das informações governamentais (BRASIL, 2011).

Além dessas leis, há outras normas e regulamentações que podem ser aplicadas à proteção de dados e compliance, como a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), entre outras. É importante que as empresas e organizações estejam em conformidade com todas as leis e regulamentações aplicáveis para evitar penalidades e garantir a proteção dos dados e a integridade dos negócios.

Nesse mesmo diapasão, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), de suas Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados

Pessoais (as “Diretrizes”), publicada em 1980 e que até hoje serve de inspiração para a criação de toda e qualquer lei de matéria correlata à temática, mormente a proteção de dados.

Carvalho, assim, discorre:

Com a introdução da tecnologia de informação em várias áreas da vida econômica e social, e a importância e poder crescentes do processamento automatizado de dados, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) decidiu publicar em 1980 Diretrizes relativas à política internacional sobre a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Mais recentemente, o desenvolvimento veloz e predominante das tecnologias e infraestruturas de informação e comunicação, caracterizado por fenômeno tal como a Internet, facilitou a rápida evolução para uma sociedade global de informação. Portanto, a OCDE enfocou na melhor maneira de implementar estas Diretrizes no século 21, para ajudarem a assegurar o respeito à privacidade e a proteção dos dados pessoais em linha. [...] As Diretrizes sobre a Privacidade representam um consenso internacional sobre a orientação geral a respeito da coleta e do gerenciamento da informação pessoal. Os princípios determinados nas Diretrizes sobre a Privacidade são caracterizados pela clareza e flexibilidade de aplicação e pela formulação, suficientemente ampla para possibilitar a adaptação às mudanças tecnológicas. Esses princípios abrangem todos os meios utilizados para o processamento automatizado de dados referentes a indivíduos (do computador local à rede de complexas ramificações nacionais e internacionais), todos os tipos de processamento de dados pessoais (da administração do pessoal ao levantamento de perfis de consumidores) e todas as categorias de dados (da circulação de dados ao seu conteúdo, dos mais

comuns aos mais sensíveis). (ALVIM; BERTOCCELLI; CARVALHO; VENTURINI, 2021, p. 803).

Por fim tem-se a LGPD que foi sancionada em 2018 e entrou em vigor em setembro de 2020. A LGPD é a principal lei brasileira de proteção de dados pessoais das pessoas físicas e estabelece regras para o tratamento desses dados por empresas e organizações e pessoas físicas que coletam, armazenam, processam ou compartilham dados pessoais de pessoas físicas no Brasil, independentemente do país de origem da empresa ou organização.

A LGPD tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados pessoais, estabelecendo regras claras sobre como as empresas e organizações devem coletar, armazenar, processar e compartilhar os dados pessoais de seus clientes, usuários, funcionários e parceiros de negócios.

Esta lei dispõe de diretrizes específicas de aplicação e segurança de dados tanto on-line quanto off-line. A LGPD abre possibilidade de divulgação e uso de dados que a LMCI não dispõe, contudo, é necessário haver o consentimento do titular dos dados.

A LGPD é uma importante ferramenta para proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos brasileiros e aumentar a transparência e a responsabilidade no tratamento desses dados pelas empresas e organizações.

A proteção observada na LGPD não atinge diretamente os dados de pessoa jurídica, porém, as regras desta lei podem ser observadas tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas de direito público ou privado desde que estas tratem dados pessoais, independente do meio utilizado. O disposto no *caput* do artigo primeiro da Lei 13.709/2018 deixa claro ao indivíduo o reconhecimento da existência de uma situação de vulnerabilidade por parte do titular do dado em detrimento dos agentes de tratamento de dados (BRASIL, 2018).

Para André Castro Carvalho, Rodrigo de Pinho Bertoccelli, Tiago Cripa Alvim e Otávio Venturini

O objetivo dessa lei é regular o tratamento de dados pessoais por pessoas ou entidades do setor privado ou público, inclusive nos meios digitais, de consumidores, empregados, independentemente do país da sede ou no qual os dados estejam localizados com o propósito principal de proteger a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural. A nova lei aplica-se sempre que o tratamento for realizado no território nacional, tenha por objetivo a oferta, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou os dados pessoais tenham sido coletados no território nacional. (ALVIM; BERTOCCELLI; CARVALHO; VENTURINI, 2021).

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), dados pessoais são informações relacionadas a uma pessoa natural identificada ou identificável, como nome, endereço, número de identificação, endereço de e-mail, dados de localização, entre outros. Também são considerados dados pessoais informações que, mesmo que não identifiquem diretamente uma pessoa, possam ser utilizadas para sua identificação, como características físicas, comportamentais, biometria, entre outras (BRASIL, 2018).

Os dados pessoais sensíveis são aqueles dados sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou às organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural. Nesses casos, a possibilidade de utilização discriminatória da informação é maior do que no caso dos dados pessoais mencionados supra e, por essa razão, tem disciplina específica na LGPD (BRASIL, 2018).

Na LGPD, o tratamento de dados engloba toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão,

distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração, ou seja, uma abrangência ponta a ponta, desde a entrada do dado em determinada entidade, todo o período de permanência, até a sua eventual saída.

A LGPD estabelece diversas regras e princípios para o tratamento de dados pessoais, bem como obrigações para as empresas e organizações que realizam esse tipo de atividade. Dessa forma, a lei pode auxiliar na elaboração de um programa de governança de dados de uma empresa ao estabelecer diretrizes e requisitos mínimos para a proteção da privacidade dos titulares de dados.

Por exemplo, a LGPD define a necessidade de nomeação de um Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais (DPO) que será responsável por receber as demandas dos titulares de dados e ser o ponto de contato com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). A lei também exige a realização de avaliações de impacto à proteção de dados pessoais em determinadas situações, o que pode ser útil para identificar riscos e vulnerabilidades nos processos de tratamento de dados e direcionar a adoção de medidas de mitigação (BRASIL, 2018).

Além disso, a LGPD determina a necessidade de implementação de medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados pessoais, tais como criptografia, controles de acesso, monitoramento de atividades, entre outros. Essas medidas podem servir como base para a elaboração de políticas internas de segurança da informação e de proteção de dados pessoais.

A LGPD também estabelece a obrigatoriedade de comunicação aos titulares de dados sobre o tratamento de seus dados pessoais, o que pode incentivar a criação de processos de transparência e prestação de contas por parte das empresas e organizações.

Por fim, é importante ressaltar que a LGPD não define um modelo único de programa de governança de dados, mas estabelece princípios e requisitos mínimos que devem ser adaptados às características específicas de cada empresa. Desse modo, é recomendável que as

empresas busquem o apoio de profissionais especializados em proteção de dados pessoais e em conformidade com a LGPD para elaboração e implementação de um programa de governança de dados adequado às suas necessidades e realidade empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que este trabalho contribua para a implementação de programas de governança de dados em conformidade com a LGPD e as diretrizes de compliance em empresas que lidam com dados pessoais. Além disso, o programa de governança de dados pode trazer benefícios como a melhoria da qualidade dos dados, a redução de riscos relacionados à proteção de dados e a construção de confiança com os clientes e *stakeholders*.

Ao concluir este trabalho que versa sobre o tema “Compliance e Programa Governamental de Dados”, pude constatar a importância de uma gestão eficiente de dados e a necessidade de um programa de compliance adequado para as organizações.

A implementação de um programa de governança de dados eficiente é fundamental para garantir a proteção, a confidencialidade e a integridade dos dados da empresa, bem como para garantir a conformidade regulatória e evitar possíveis penalidades. Além disso, um programa de governança de dados pode melhorar a qualidade dos dados, ajudar na tomada de decisões baseada em dados e aumentar a eficiência operacional da empresa.

Por outro lado, a implementação de um programa de compliance eficiente pode ajudar as empresas a garantir a conformidade com leis, regulamentos e normas aplicáveis, além de ajudar a identificar e gerenciar riscos de forma proativa. Um programa de compliance bem desenvolvido pode também melhorar a imagem da empresa, aumentar a confiança dos investidores e melhorar as relações com os clientes e fornecedores.

Portanto, a implementação de um programa de governança de dados eficiente e de um programa de compliance adequado são

fundamentais para o sucesso das organizações no atual cenário empresarial. A abordagem estratégica, a avaliação contínua e o comprometimento de toda a equipe são fundamentais para garantir a eficácia desses programas e alcançar os resultados desejados.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Vanessa; MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska T. Z. **A extraterritorialidade do *Foreign Corrupt Practices Act* e a *Loi Sapin II***. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-21/opiniao-lawfare-empresarial-extraterritorialidade-foreign-corrupt-practices-act-loi-sapin-ii/>. Acesso em:

ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio. **Manual de Compliance**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BARBOSA Wellington Luiz; LYRA, Roberto Shayer. **Governança de Dados: Módulo 3 – Gestão Inteligente de Dados**. Escola Nacional de Administração Pública. 2019. Disponível em: [https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5008/3/M%C3%B3dulo 3 - Gest%C3%A3o inteligente de Dados.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5008/3/M%C3%B3dulo%203%20-%20Gest%C3%A3o%20Inteligente%20de%20Dados.pdf). Acesso em: 16.out.2023.

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. **Compliance**. In: CARVALHO, André et.al. (Coord.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.527/2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Marco Civil da internet**. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114020.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

LIMA, Gisah Elise Santos de. **Tratamento e uso de dados pessoais sensíveis**: análise da aplicação da LGPD diante da vulnerabilidade do consumidor. 53 fl. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UniCuritiba Curitiba. 2023.

MALUF, Gabriela de Brito. **Compliance**: o que é, quais os tipos e como aplicá-lo na sua empresa. 2022. Disponível em: <https://uplexis.com.br/blog/artigos/compliance-o-que-e-quais-os-tipos-e-como-aplica-lo-na-sua-empresa/>. Acesso em: 02.out.2023.

OLIVEIRA, Inaê Sales de. **Cenário internacional**: “FCPA”, “UK Bribery Act” e Convenção Anticorrupção da OECD. In: Cartilha de Compliance da Comissão Permanente de Estudos de Compliance do IASP. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br>. Acesso em: 2023.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Criminal Compliance: Os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. Ano. 15, vol. 56 p.293-335, abr.2012.

CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º DA LEI N. 9.074/1995

*Gabriel Gomes da Luz*¹²

*Matheus Oliveira Maia*¹³

*Wallace Fabrício Paiva Souza*¹⁴

RESUMO:

O presente trabalho aborda a evolução, conceito e princípios dos serviços públicos, além das diferentes formas de prestação desses serviços. Focaliza-se na concessão de serviços públicos, discutindo sua natureza jurídica e questões relacionadas à (in) constitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.074/1995. Esse estudo oferece debates importantes sobre a regulação e organização dos serviços públicos, examinando tanto aspectos teóricos quanto práticos. A análise das diferentes perspectivas jurídicas oferece uma visão abrangente das complexidades envolvidas na concessão de serviços públicos, contribuindo para um entendimento mais profundo do tema e fornecendo subsídios para debates e tomadas de decisão futuras, defendendo-se a inconstitucionalidade de previsão normativa que condicione autorização legislativa para concessão de serviços públicos aos terceiros interessados. Para obtenção desses resultados e conclusões utiliza-se a metodologia de pesquisa integrada, analítica, dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

12 Advogado, Bacharel e Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG, Membro da Academia Brasileira de Direito Civil e Membro do Grupo de Estudos em Direito Societário. Autor de artigos jurídicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8300400458958350> E-mail: ganrieldaluzm123@gmail.com.

13 Advogado, Bacharel e Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG, Membro do Grupo de Estudos em Direito Societário. Autor de artigos jurídicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3377231555543289> E-mail: oli.matheus.maia@gmail.com.

14 Advogado, Professor Universitário. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela FEAD/MG. Site: <https://www.wallacesouza.adv.br/>.

Palavras-Chave: Direito Administrativo; Serviços públicos; Contratos públicos; Concessão de serviços públicos; Lei n. 9.074/1995.

INTRODUÇÃO

A organização e regulação dos serviços públicos são temas de grande relevância no contexto jurídico e social contemporâneo. Este artigo acadêmico visa a aprofundar a compreensão sobre a evolução, conceito e princípios que norteiam os serviços públicos, assim como as diversas modalidades de sua prestação. Especificamente, direciona-se o foco para a concessão desses serviços, explorando sua natureza jurídica e as implicações legais relacionadas à constitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.074/1995.

A análise não se restringe apenas ao campo teórico, mas também incorpora aspectos práticos que permeiam a concessão de serviços públicos. Por meio de uma abordagem integrada, busca-se examinar criticamente as diferentes perspectivas jurídicas que envolvem essa temática complexa. Para isso, utiliza-se uma metodologia de pesquisa analítica e dedutiva, complementada pela técnica de pesquisa bibliográfica. O objetivo é apresentar uma análise sólida e fundamentada, que contribua para o debate acadêmico e jurídico sobre a concessão de serviços públicos. Além disso, espera-se fornecer subsídios relevantes para a formulação de políticas públicas e tomadas de decisão futuras nesse campo crucial do Direito Administrativo.

Uma das principais conclusões defendidas é a inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos aos terceiros interessados, conforme estipulado pelo artigo 2º da Lei 9.074/1995. Argumenta-se em favor dessa posição, destacando os fundamentos jurídicos que respaldam essa interpretação. Sabe-se que há parte da doutrina que entende pela necessidade de lei autorizativa e essa é uma das razões para o presente trabalho, ficando os autores deste trabalho sempre abertos ao debate.

Na construção do artigo, iniciou-se, assim, com breve contextualização sobre os serviços públicos, abordando-se a evolução do conceito de serviço público ao longo do tempo, refletindo as mudanças sociais, econômicas e jurídicas que moldaram sua definição. Após, analisaram-se as formas e meios de prestação dos serviços públicos. Embora haja divergência quanto à natureza jurídica dos contratos de concessão, prevalece o entendimento de que se trata de contrato administrativo, sujeito eminentemente ao regime de Direito Público. Por fim, analisou-se a (in)constitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.074/1995, destacando a divergência doutrinária e o entendimento pela inconstitucionalidade, como já afirmado.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Contextualizando os serviços públicos, tema que é pressuposto para a análise que se propõe este artigo acadêmico, importante demonstrar a evolução do conceito de serviço público, uma vez que ele vem sofrendo diversas mudanças com o passar do tempo, o que tem como justificativa o caráter histórico do Direito. As mudanças sociais, econômicas e jurídicas acarretam transformações importantes na própria razão de ser dos serviços públicos, ou seja, na prestação de serviços por intermédio do Estado. Embora não haja um conceito definitivo de serviço público, isso não é um óbice para que haja o estabelecimento de uma noção.

Iniciando a análise pela França, a noção de serviço público foi objeto de construção doutrinária e jurisprudencial. Durante o Antigo Regime, a França conhecia atividades análogas ao serviço público, mas que não recebiam essa denominação. A ideia formal de serviço público é posterior à Revolução Francesa, como bem afirma Dinorá Adelane Musseti Grotti (2003, p. 20). O serviço público francês, não obstante as diversas acepções doutrinárias existentes, considerado verdadeiro mito (CHEVALLIER, 2008, p.3), fundamentou o Direito

Público (em especial, o Direito Administrativo) e legitimou a atuação do Estado.

Afirma-se, normalmente, que a origem da noção de serviço público remonta ao “caso blanco” (*Arrêt Blanco*), julgado pelo Tribunal de Conflitos de 1873. Nesse caso, uma criança de 5 anos, Agnès Blanco, havia sido atropelada por uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O Tribunal de Conflitos, ao apreciar uma espécie de conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, responsáveis, respectivamente, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum, fixou a competência do Conselho de Estado para o julgamento da causa, tendo em vista a presença do serviço público naquele caso e a necessidade de ampliação de regras publicistas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares (LONG, BRAIBANT, GENEVIS, 2007, p.1/7).

Importante destacar Leon Duguit, que fundou a escola de *Bourdeax* no início do século XX e utilizou a noção de serviço público para substituir a ideia de soberania (*puissance*) como fundamento do Direito público. O serviço funcionaria, ao mesmo tempo, como fundamento e limite do poder estatal. A partir daí, concebeu-se o serviço público como fruto da realidade social vigente em determinado período histórico. O serviço público, em sua visão, seria

toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força do governante (DUGUIT, 2001, p, 37).

Gaston Jèze, também integrante da Escola do Serviço Público, afastou-se da noção sociológica defendida por Duguit e afirmou uma noção predominantemente jurídica de serviço público, considerando como a atividade prestada, direta ou indiretamente, pelo Estado, sob regime de Direito Público (OLIVEIRA, 2015, p. 229).

Em contraposição à Escola do Serviço Público, havia quem não considerava o serviço público como o centro do Direito Administrativo, mas sim o poder de império estatal. O poder administrativo seria o elemento primordial do regime jurídico administrativo (HARIOU, 2002, p. 7).

Nas palavras de Hariou (2002, p. 13/14),

se o regime administrativo repousa essencialmente sobre o poder, deve ser reconhecido que esse poder é instituído, ou seja, enquadrado em uma organização submetida a uma ideia. Essa ideia é a do serviço a ser prestado ao público ou de serviço público. (...) O essencial é que seja a ideia de servir, de prestar serviço, ao invés daquela de pressionar e oprimir, que é mais facilmente a tentação do poder.

Os Estados Unidos, por sua vez, adotaram uma noção totalmente diferenciada da noção de serviço público francesa, a começar que o surgimento do Direito Administrativo nos Estados Unidos se deu por virtude da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, notadamente por intermédio das agências (CARBONELL, 1996, p. 22).

Por consequência do caráter liberal do Estado norte-americano, as atividades econômicas sempre foram, em tese, livres aos particulares e apenas regulamentadas pelo Estado Regulador.

Em contrapartida, algumas atividades de enorme relevo e importância social são atribuídas ao Estado e submetida ao poder de polícia, sendo denominadas como *public utilies*, atividades privadas sujeitas a regulamentação e controle especiais.

Nota-se, assim, uma distinção entre o serviço público francês e as *public utilies*. Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 230), é possível afirmar que a principal distinção se encontra na titularidade da atividade: enquanto o serviço público é de titularidade

do Estado, as *public utilities* são titularizadas pelos particulares, com limitações (poder de polícia) colocadas pelo Estado.

Como se observou, a evolução da noção de serviço público demonstra a dificuldade de fixação de um conceito preciso. A título de exemplo, cita-se o debate sobre a caracterização do serviço postal como serviço público, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, recomendando-se ao leitor o Informativo de Jurisprudência do STF n. 554. De toda forma, considera-se o serviço público como uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, pois se destina à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final, mas não se confunde com as atividades econômicas em sentido estrito, tendo em vista o objetivo do serviço público (interesse público) e a titularidade do Estado (GRAU, 1998. p. 137/139).

Por derradeiro, a doutrina, ao longo dos tempos, apresentou diversas acepções para o vocábulo, sendo possível mencionar quatro sentidos de “serviços públicos”. Iniciando por Hely Lopes Meirelles (2014, p. 387), serviço público seria “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. (MEIRELLES, 2014, p. 387).

Salienta-se que as restrições do §1º do art. 173 da Constituição de 1988 não se aplicariam às entidades estatais ou paraestatais que exploram serviços públicos, como se extrai do julgamento do Recurso Extraordinário 220.906 pelo Supremo Tribunal Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 149), também tradicional autora de Direito Administrativo, define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

José dos Santos Carvalho Filho (2022, p. 285) traz para serviço público o conceito de “atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Por fim, menciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 689), que define serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade de material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

No Brasil, tem prevalecido a concepção ampla de serviços públicos, cunhada por Hely Lopes Meirelles, devido a distinção entre o serviço público e outras atividades estatais (poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), afastando-se uma noção mais ampla, perfilhada por José dos Santos Carvalho Filho (2022).

Além disso, afastam-se também as noções mais restritas, trazidas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se admitir serviços públicos *uti universi* (serviços prestados à coletividade em geral, sem a identificação individual dos usuários e, portanto, sem a possibilidade de determinar a parcela do serviço usufruída por cada pessoa, como iluminação pública e calçamento) e a possibilidade de serviços públicos sociais, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, mas compartilhada com os cidadãos (OLIVEIRA, 2022).

Adentrando mais ainda no estudo dos serviços públicos, costumeiramente a doutrina majoritária enumera cinco princípios primordiais que regem a prestação do serviço público, sendo eles: continuidade; igualdade; mutabilidade; universalidade; e modicidade das tarifas.

O princípio da continuidade impõe a prestação ininterrupta do serviço público, tendo em vista o dever do Estado de satisfazer e promover direitos fundamentais. É oportuno ressaltar que a

continuidade não impõe, necessariamente, que todos os serviços públicos sejam prestados diariamente e em período integral, uma vez que a continuidade depende da necessidade da população que pode ser absoluta ou relativa (CASSAGNE, 2006).

Na necessidade absoluta, o serviço deve ser prestado sem qualquer interrupção, uma vez que a população necessita, permanentemente, da disponibilidade do serviço (ex.: hospitais, distribuição de água etc.). Ao revés, na necessidade relativa, o serviço público pode ser prestado periodicamente, em dias e horários determinados pelo Poder Público, levando em consideração as necessidades intermitentes da população (ex.: biblioteca pública, museus, quadras esportivas etc.) (OLIVEIRA, 2022).

Pelo princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal. A Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/1995) prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuário”; é o que permite, por exemplo, isenção de tarifa para idosos ou tarifas reduzidas para os usuários de menor poder aquisitivo; trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade (ex.: gratuidade aos maiores de sessenta e cinco anos nos transportes coletivos urbanos; cobrança de tarifas diferenciadas (DI PIETRO, 2022, p. 154).

Nesse contexto, menciona-se a Súmula 407 do Superior Tribunal de Justiça: “É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

O princípio da mutabilidade significa que a prestação de serviços públicos deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários. Acrescenta-se que se exige utilização de equipamentos modernos, cuidando-se bem das instalações e de sua conservação (GASPARINI, 2004, p. 285).

Em razão da mutabilidade, as relações entre as concessionárias de serviços públicos e os usuários apresentam peculiaridades quando comparadas às relações privadas, com destaque para o reconhecimento da prerrogativa de alteração unilateral do contrato por parte do Poder concedente (ex.: alteração de cláusula regulamentar para exigir a utilização de novas tecnologias na prestação do serviço), bem como para ausência de direito adquirido da concessionária à manutenção das condições iniciais do ajuste (ex.: necessidade de observar as novas gratuidades previstas em lei), com a ressalva de que, nessas hipóteses, a concessionária terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (OLIVEIRA, 2022, 248).

O princípio da universalidade está umbilicalmente interligado ao princípio da igualdade, aquele exige que a prestação do serviço público beneficie o maior número possível de beneficiários. O prestador deve levar as comodidades materiais para as pessoas que ainda não recebem o serviço público.

Por fim, o princípio da modicidade das tarifas: como o Estado considera importante a atividade que definiu como serviço público, não seria razoável exigir pagamento de importâncias que onere a população excessivamente. Assim, a modicidade das tarifas dos serviços delegados pode ser garantida por meio da previsão, no contrato de concessão, de “receitas alternativas”, conforme dispõe o art. 11 da Lei n. 8.987/1995 (MELLO, 2014, p. 676-697).

Estabelecidos os pressupostos dos serviços públicos, com uma análise da evolução, conceituação e princípios, passa-se à análise das formas e meios de prestação do serviço, com destaque para a concessão de serviços públicos.

2. FORMAS E MEIOS DE PRESTAÇÃO: A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas,

no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: a centralização, a descentralização e a desconcentração (DROMI, 1995).

Logo, a prestação do serviço público pode ser centralizada, descentralizada ou desconcentrada, e sua execução, direta ou indireta.

A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Na desconcentração, desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural. Pela descentralização, ele o faz indiretamente, isto é, delega a atividade a outras entidades (CARVALHO FILHO, 2022).

Outorga ocorre quando o Estado institui uma entidade e lhe transfere, por meio de lei, um serviço público ou utilidade pública. Delegação, por sua vez, acontece quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou consórcio público) ou ato unilateral (permissão ou autorização), exclusivamente a execução do serviço, para que o delegado o disponibilize ao público em seu nome e sob sua responsabilidade, nas condições regulamentares e sob controle estatal (MEIRELLES, 2014).

Importante aqui será o debate específico sobre a concessão de serviço público, que é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei n. 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias (DI PIETRO, 2022, p.336).

Inclusive, o referido instrumento contratual tem expressa referência constitucional no art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL, 1988)

A concessão e a permissão são duas hipóteses distintas de delegação negocial de serviços públicos, contidas no art. 2.º, II e IV, da Lei 8.987/1995:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...] IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Como bem explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022, p. 171/172), isso ensejaria duas diferenças entre os institutos:

- a) quanto à figura do delegatário: na concessão, o concessionário deve ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas, ao passo que, na permissão, o permissionário é pessoa física ou jurídica;
- b) quanto à modalidade de licitação: concorrência ou diálogo competitivo para a concessão e qualquer modalidade de licitação para a permissão, desde que seja compatível com a delegação de serviços.

Feita a distinção entre a concessão e permissão de serviço público, faz-se necessário apontar as formas de captação de recursos adquiridos pelas concessionárias. Em regra, a remuneração do concessionário é efetivada pela cobrança da tarifa dos usuários do

serviço público concedido. A tarifa, prevista no contrato de concessão e fixada nos termos da proposta vencedora na licitação, deverá ser atualizada e revista durante a execução do contrato, como forma de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste (OLIVEIRA, 2022).

Para que haja a efetiva delegação do serviço público, é necessária a realização de licitação para formalização da delegação de concessão de serviço público, o qual decorre da própria natureza contratual do ajuste (art. 37, XXI, da Constituição)¹⁵, mas, também, por conta da exigência específica contida no art. 175 da Constituição que exige “sempre” licitação para as concessões e permissões de serviços públicos.

Todavia, a Lei 8.987/1995 não dispõe o prazo máximo do contrato de concessão, que deverá ser estabelecido nas legislações específicas dos entes federados ou, na sua falta, pelo Poder Concedente em cada contrato.

A doutrina majoritária entende que a prorrogação dos contratos de concessão é medida excepcional, sendo o entendimento, por exemplo, de Alexandre Santos de Aragão (2007) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005).

Ocorre que a prorrogação só pode ser realizada pela própria administração pública, sendo institucional prorrogação efetivada pela lei, sob pena de afronta ao princípio da impessoalidade, bem com separação dos poderes, como se extrai do julgamento da ADI 118/MC/PR.

Para explicar a natureza jurídica dos contratos de concessão, é necessário discorrer sobre o que é a natureza jurídica e sua importância. Segundo Maria Helena Diniz (2004, p. 30), natureza jurídica é “a afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com

15 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação”. Torna-se importante saber a natureza jurídica, uma vez que

as classificações jurídicas, se, por um lado, pecam por tentar reduzir a categorias abstratas fenômenos complexos, por outro lado, têm a importante função de sistematizar o conhecimento jurídico e [...] podem inclusive apoiar importantes reformulações no tratamento dogmático dos institutos e na sua aplicabilidade concreta (NEGREIROS, 2006, *apud* BRANCO, 2013, p. 149).

Logo, a partir dessa perspectiva, a natureza jurídica é devidamente necessária para observar qualquer aspecto jurídico, uma vez que apresenta o campo dos princípios do Direito que se formula a lei e que podem ser relacionados às normas.

Existem várias correntes doutrinárias que explicam de maneira diversa a natureza jurídica da concessão. Veja a seguinte sistematização trazida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2022, p. 334):

1 Teorias unilaterais, que se subdividem em dois grupos:

a) existe na concessão um ato unilateral do Poder Público, porque as cláusulas são estabelecidas unilateralmente pela Administração, achando-se as partes em posição de desigualdade;

b) existem na concessão dois atos unilaterais, um da Administração, que seria um ato de império, e um do particular regido pelo direito privado; o primeiro fixa as condições que, em momento subsequente, provocam a declaração de vontade do particular aceitando as condições;

2. Teorias bilaterais, que também se subdividem:

a) a concessão é um contrato de direito privado; essa corrente é adotada por autores que, apegados

ao direito civil, negam que exista, na concessão, um acordo de vontades; ele não difere de outros contratos regidos pelo direito comum;

b) a concessão é um contrato de direito público, vale dizer, submetido a regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum;

c) a concessão é um contrato de direito misto, porque sujeito parcialmente ao direito público e parcialmente ao direito privado;

3. Teoria mista: vê na concessão um ato unilateral do Poder Público, estabelecendo as condições da concessão, ou seja, as cláusulas regulamentares, e um contrato concernente ao equilíbrio econômico-financeiro; o ato unilateral é um ato administrativo, regido pelo direito público; e o contrato é de direito privado.

Não obstante, domina o entendimento de que se trata de contrato administrativo, que, todavia, apresenta peculiaridades próprias nas linhas que o compõem¹⁶. Ante a sua natureza jurídica de contratos administrativos, as concessões e permissões de serviço público submetem-se ao regime de Direito Público, cujas regras estão enunciadas na Lei n. 8.987/1995. Como assevera José dos Santos Carvalho Filho, tal fato não obsta a incidência de normas de Direito Privado, no qual se encontra a regulamentação dos contratos em geral. A fonte primeira, no entanto, é a lei especial reguladora (CARVALHO FILHO, 2022, p. 338).

16 No sentido de que é contrato administrativo, HELY L. MEIRELLES (ob. cit., p. 342); D. GASPARINI (ob. cit., p. 242) e MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 215). No sentido de que pode ser contrato ou ato unilateral, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, Direito administrativo didático, p. 240.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º DA LEI N. 9.074/1995

Como já registrado na presente pesquisa, o art. 175 da Constituição dispõe que a prestação indireta de serviços públicos é feita através dos institutos da concessão ou da permissão. Essa questão problemática também foi reproduzida no art. 2.º da Lei 9.074/1995, o qual dispõe ser vedado ao Poder Público executar serviços públicos por meio de concessão ou permissão sem lei autorizativa.

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n. 8.987, de 1995.

§1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei no 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.

§ 2º Indepe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário.

§3º Indepe de concessão ou permissão o transporte:

I - aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;

II - rodoviário e aquaviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;

III - de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

§4º A outorga para exploração indireta de ferrovias em regime de direito privado será exercida mediante autorização, na forma da legislação específica.

Como preleciona Rafael Carvalho de Oliveira Rezende (2022, p. 170), “a dificuldade reside em saber se a expressão ‘na forma da lei’ exige a prévia autorização para delegação de determinado serviço público ou se a atuação legislativa terá a finalidade de estabelecer as condições genéricas da delegação”.

Segundo Marçal Justen Filho, “a outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses de diversa ordem, inclusive com potenciais efeitos sobre direitos e garantias individuais” e haveria uma “impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 173).

Este estudo adota o posicionamento de que a citada exigência se faz desarrazoada e inconstitucional, uma vez que a decisão específica sobre a forma de prestação do serviço público (direta ou indireta) cabe ao Poder Executivo.

Nesse sentido, encontra-se Rafael Carvalho de Oliveira Rezende (2022, p. 170):

Na legislação infraconstitucional, o art. 2.º da Lei 9.074/1995 dispõe ser vedado ao Poder Público executar serviços públicos por meio de concessão ou permissão sem lei autorizativa. Em relação à prestação de serviços públicos por entidades da Administração Indireta, a necessidade de autorização legislativa decorre do princípio da reserva legal, que deve ser respeitado no ato de criação das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. No tocante à delegação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão, o tema é controvertido. Alguns autores

defendem a necessidade de lei autorizativa prévia, com fundamento no art. 175 da CRFB, tendo em vista a presença de interesses relevantes que devem ser ponderados pelo Legislativo. Por outro lado, parcela da doutrina, com a qual concordamos, sustenta que a exigência de autorização legislativa específica para delegação do serviço público é inconstitucional, uma vez que a competência para prestar serviços públicos é do Poder Executivo, inserindo-se no seu poder decisório a escolha pela prestação direta ou sobre regime de delegação. A interferência prévia do Poder Legislativo nos atos de gestão do Poder Executivo, sem expressa previsão constitucional, viola o princípio da separação de poderes. Nada impede que a lei estabeleça as condições genéricas de prestação do serviço e dos respectivos instrumentos jurídicos, mas a decisão pontual sobre a forma de prestação do serviço público (direta ou indireta) é exclusiva do Poder Executivo. Aliás, não poderia o legislador federal (art. 2.º da Lei 9.074/1995) exigir a autorização legislativa para concessões e permissões estaduais e municipais. Não bastasse a violação ao princípio da separação de poderes, o dispositivo legal viola o princípio federativo, já que as normas gerais não podem interferir, de maneira desproporcional, na autonomia dos Entes Federados e na gestão dos respectivos serviços.

Como preleciona Marcelo Novelino (2021, p. 295), a Constituição, além de consagrar expressamente o princípio da separação dos órgãos de Poder e o proteger como cláusula pétrea, estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. A independência entre os órgãos de Poder tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

A exigência de autorização legislativa para a concessão e permissão de determinado serviço público se faz plenamente inconstitucional, tendo em vista que a competência para prestar serviços públicos é do Poder Executivo, portanto ele é dotado de poder decisório, e é dele que deve vir escolha ou não pela prestação direta ou sobre regime de delegação. A interferência prévia do Poder Legislativo nos atos de gestão do Poder Executivo, sem expressa previsão constitucional, viola o princípio da separação de poderes (OLIVEIRA, 2022, p. 170).

Nesse mesmo sentido se encontram Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 89) e Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 48).

Importante verificar, também, o entendimento jurisprudencial. A Corte Superior do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, decidiu ser inconstitucional disposição de lei que vincula a concessão de serviços públicos à prévia autorização legislativa, por ofender o postulado da separação e harmonia entre os órgãos de Poder, representando uma ingerência indevida do Legislativo no Executivo. Veja a ementas de duas decisões:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMBUQUIRA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO PRECÁRIO CONDICIONADO A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. FUNÇÃO TIPICAMENTE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA DE EXCLUSIVA ALÇADA DO EXECUTIVO. COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO RESTRITA À FISCALIZAÇÃO DO AJUSTE E SUA EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. 1. Consoante orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça, 'é inconstitucional o dispositivo de Lei Orgânica Municipal que vincula a concessão de serviços públicos à prévia autorização legislativa. A dependência de autorização legislativa para a concessão de serviço público ofende o princípio da separação de poderes, por representar ingerência

indevida em atividade típica do Poder Executivo'. 2. Julga-se procedente a representação. (TJMG, Corte Superior, ADI n 1.0000.06.440339-7/000, Rel. Des. Célio Cesar Paduani, j. 23.01.2008, DJ 28.03.2008).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Concessão de serviço público. Licitação. Autorização. Poder Legislativo. Inadmissibilidade. A dependência de autorização legislativa para a concessão ou permissão de serviço público, prevista em Lei Orgânica Municipal, após o processo licitatório, ofende o princípio da separação de poderes, por representar ingerência indevida em atividade típica do Executivo. Acolhe-se a representação e declaram-se inconstitucionais as expressões'..com autorização da Câmara Municipal e' do art. 124 da Lei Orgânica do Município de Elói Mendes. (TJMG, Corte Superior, Ac. Na ADI nº 1.0000.00.336625-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31.03.2004, DJ 05.05.2004).

No mesmo sentido, cita-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 462/BA. Veja a ementa da decisão:

Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar

previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão ‘dependerá de prévia autorização legislativa e’ do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão ‘dependerá de prévia autorização legislativa e’ do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. (STF, Pleno, ADI nº 462/Ba, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.1997, DJ 18.02.2000, p. 54).

Além disso, em respeito ao pacto federativo, não poderia uma lei Federal (art. 2º da Lei nº 9.074 de 1995) exigir autorização legislativa para concessões e permissões aos demais entes políticos, já que as normas gerais emanadas pelo legislador Federal de nada podem interferir, de maneira desproporcional, na autonomia de outros entes, nem na gestão dos respectivos serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises realizadas ao longo do artigo, é possível concluir que a questão da exigência de autorização legislativa para a concessão ou permissão de serviços públicos é complexa e multifacetada, envolvendo princípios constitucionais fundamentais, como a separação de poderes e o pacto federativo.

A partir das diversas perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, torna-se evidente a existência de uma controvérsia sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos legais pertinentes, especialmente o art. 175 da Constituição e o art. 2º da Lei 9.074/1995. Enquanto alguns defendem a necessidade de autorização legislativa prévia como forma de garantir a participação do Poder Legislativo e a proteção dos interesses públicos, outros argumentam que tal exigência

pode violar princípios constitucionais e comprometer a eficiência da administração pública.

Nesse contexto, é crucial considerar os fundamentos e as consequências de cada posição adotada, bem como buscar um equilíbrio entre os interesses em jogo. A interpretação dos dispositivos legais deve ser realizada de maneira harmônica e compatível com os princípios constitucionais, garantindo-se a efetividade dos serviços públicos e o respeito à autonomia dos entes federativos.

Embora se entenda a divergência, este trabalho adota o posicionamento de que a exigência de autorização legislativa específica para delegação do serviço público é inconstitucional, sendo a competência exclusiva do Executivo. Exigir uma interferência prévia do Legislativo nos atos de gestão do Executivo violaria duas cláusulas pétreas: a separação dos órgãos de Poder e o pacto federativo, não sendo razoável a exigência.

Ademais, a análise jurisprudencial apresentada demonstra a relevância do papel do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, especialmente quando se trata de questões que envolvem a constitucionalidade de dispositivos legais. A jurisprudência tem sido um importante instrumento para a defesa dos direitos fundamentais e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Por fim, diante da complexidade e da importância do tema abordado, torna-se necessário um aprofundamento do debate acadêmico e jurídico. Somente por meio de uma reflexão crítica e fundamentada será possível promover avanços significativos na construção de um sistema jurídico-administrativo mais justo, eficiente e democrático.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm>. Acesso em: 29 abr. 2024.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, 36th edição. Grupo GEN, 2022.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. Paris: PUF, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. Ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo, Saraiva, 2004.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelane Musseti. **O serviço público e a constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 2002.

JÈZE, Gastón. **Les principes généraux du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2005.

LONG, M; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 407**. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/doc.jsp?livre=%22407%22.num.&b=SUMU&p=false&l=10&i=1&operador=E&ordenacao=-@NUM>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, **RE nº 220.906/DF**, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 16.01.2000, DJe 14.11.2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249355>. Acesso em 19 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, **ADI nº 462/BA**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.1997, DJe 18.02.2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266365>. Acesso em 29 abr. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Corte Superior, **ADI n 1.0000.06.440339-7/000**, Rel. Des. Célio Cesar Paduani, j.

23.01.2008, DJ 28.03.2008. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.06.440339-7/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso 29 abr. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Corte Superior, Ac. na **ADI nº 1.0000.00.336625-9/000**, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31.03.2004, DJ 05.05.2004. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0000.00.336625-9/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso 29 abr. 2024.

DAMIÃO XIMENES LOPES: A PRIMEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Gabriela Maciel Lamounier¹⁷

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil, buscando discutir a eficácia do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Este foi primeiro caso em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por violações aos direitos humanos, devido ao tratamento desumano que Damião recebeu na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no estado Ceará, e que culminou em sua morte. Para facilitar a discussão, foi abordado o caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil e análise judicial do caso perante a justiça brasileira e a jurisdição internacional no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Palavras-Chave: Sistema interamericano. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Damião Ximenes.

INTRODUÇÃO

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos possui como bases legais principais: a Carta da OEA complementada pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a

17 Advogada. Professora universitária. Especialista em Direito Digital pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual e em Direito Ambiental pelo Instituto de Educação Continuada - PUCMinas. Mestra e Doutora em Direito Público, e Pós-Doutora em Direito Penal, todos pela PUC/MG. Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Facilitadora de Constelação Familiar e Sistêmica. E-mail: gabilamounier78@gmail.com

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)¹⁸, complementada pelo Protocolo de São Salvador.

O Brasil assinou e ratificou inúmeros tratados internacionais de direitos humanos e é um estado que faz parte do sistema interamericano no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Convenção Americana foi aprovada em 25 de setembro de 1992 e ratificada no mesmo ano pelo Brasil, tornando-se vigente no ordenamento jurídico brasileiro em 06 de novembro de 1992, através do decreto presidencial nº 678.

São dois os órgãos fundamentais de proteção e defesa dos direitos humanos no sistema interamericano, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão encontra-se sediada na cidade de Washington, EUA, e a Corte, por sua vez tem sede em San José da Costa Rica. Estes órgãos foram instituídos pela Convenção Americana de Direitos Humanos celebrada em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

O “Caso Damião Ximenes Lopes” foi o primeiro caso brasileiro a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e foi a primeira condenação que o Brasil sofreu perante essa Corte.

Para o desenvolvimento do presente artigo científico, fez-se um estudo do referido caso. Para tanto, no primeiro capítulo desenvolveu-se a descrição do caso para melhor entendimento das violações perpetradas e dos danos ocorridos.

No segundo capítulo fez-se uma análise do caso perante a justiça brasileira, a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas foi no terceiro capítulo que se tratou do cumprimento da sentença condenatória sofrida pelo Brasil no âmbito internacional.

O procedimento metodológico utilizado nesta pesquisa foi o hipotético-dedutivo, e a técnica utilizada foi a revisão bibliográfica, desenvolvida, principalmente, através de artigos científicos

¹⁸ A Convenção Americana de Direitos Humanos também é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

publicados em revistas impressas ou eletrônicas. Também foi utilizada pesquisa documental, através de consulta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

A primeira condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil foi o “Caso Damião Ximenes Lopes”, e foi a primeira condenação da Corte por violações de direitos humanos contra pessoas com transtornos mentais.

A condenação ocorreu em 2006.

1.1 DESCRIÇÃO DO CASO

Damião Ximenes Lopes, nascido em 25 de junho de 1969, em Santa Quitéria, no Ceará. Era filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes, e desde 1975 morava com sua mãe em Varjota, a uma hora de Sobral, no Ceará.

Damião era portador de transtornos mentais. Sofria com as crises e, por isso, em dezembro de 1995, foi internado em uma clínica psiquiátrica privada, conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS), a Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, para se tratar. Sua internação durou por volta de dois meses e ele começou a fazer uso constante de medicação.

Em 1998 Damião foi novamente internado na clínica. Mas ao sair, apresentava cortes, feridas nos tornozelos e no joelho. Então, sua irmã, Irene Ximenes, indagou aos funcionários da clínica o que havia ocorrido e lhe disseram que os ferimentos eram consequência de uma tentativa de fuga. Irene acreditou nessa versão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Em 01 de outubro de 1999, aos 30 anos de idade, Damião foi novamente internado por sua mãe, Albertina Viana Lopes, na mesma clínica, pois encontrava-se em surto.

Durante sua curta permanência na instituição (apenas três dias), Damião sofreu maus tratos, agressões físicas, sendo submetido a tratamento desumano e degradante, levando à sua morte em 04 de outubro de 1999.

O laudo médico atestou que a *causa mortis* de Damião seria por causas naturais, em decorrência de uma parada cardiorrespiratória. Contudo a família não acreditou que esta foi a verdadeira causa da morte de Damião.

Isto porque, por volta das 09:00h, no dia em que Damião faleceu, sua mãe, tinha ido até a clínica para visitá-lo e o encontrou muito sujo, sangrando pelo nariz, com as mãos amarradas para trás, com a cabeça inchada e os olhos quase fechados. Restou claro que Damião estava sofrendo tratamento desumano, maus-tratos, violência física (espancamentos) e tortura (CORREIA; ROSATO, 2011).

Neste momento, a Sra. Albertina procurou os profissionais de saúde da clínica para que banhassem seu filho enquanto ela conversava com o médico e diretor da clínica, Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos. No entanto, o médico sem realizar qualquer exame clínico e físico em Damião, receitou-lhe alguns medicamentos e se retirou da clínica. A Sra. Albertina também foi embora, extremamente agoniada e triste. Poucas horas depois, Damião Ximenes Lopes veio a óbito, em circunstâncias violentas (PAIXÃO; FRISSE; SILVA, 2007).

O Dr. Francisco de Vasconcelos foi chamado de volta à Casa de Repouso Guararapes após a morte de Damião, e, inacreditavelmente, ele examinou o corpo de Damião e atestou que o corpo não apresentava nenhuma lesão e que a morte foi ocasionada por uma parada cardiorrespiratória (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A sra. Albertina tomou conhecimento da morte de seu filho ao chegar em casa, em Varjota. Inconformados, os familiares de Damião solicitaram às autoridades competentes da Delegacia Regional de Sobral, a realização de uma necropsia e o corpo foi trasladado de Sobral para Fortaleza.

No mesmo dia 04 de outubro de 1999, foi realizada a necropsia no corpo de Damião no Instituto Médico Legal (IML) de Fortaleza, local em que o médico Francisco Ivo de Vasconcelos também trabalhava e foi atestado que o corpo apresentava escoriações e equimoses em diversas partes, mas nenhum trauma interno. Sendo assim, concluíram que a morte se deu por causa indeterminada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

2. ANALISE JURÍDICA DO CASO

2.1 JUSTIÇA BRASILEIRA

Em 08 de novembro de 1999¹⁹, o Ministério Público solicitou a instauração policial de uma investigação policial. No mês seguinte, a Polícia de Sobral remeteu um relatório conclusivo ao Ministério Público, indicando que era possível que Damião sofrera maus-tratos e torturas, que culminaram em sua morte (RÉU BRASIL, 2021).

Em fevereiro de 2000, o Ministério Público solicitou que os médicos do Instituto Médico Legal de Fortaleza realizassem necropsia no corpo de Damião e esclarecessem se as equimoses encontradas eram provenientes de espancamento ou de quedas sofridas pela vítima. Dessa maneira, o IML informou que as lesões encontradas no corpo de Damião foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos), não sendo possível afirmar o modo específico (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Em março de 2000, o Ministério Público ofereceu denúncia contra quatro réus, pelo crime de maus-tratos com resultado morte. Inicialmente, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos e o auxiliar de enfermagem Elias Gomes Coimbra não foram denunciados. Contudo,

19 Neste mesmo ano, 1999, sentindo-se completamente desamparada, Irene Ximenes Lopes, irmã de Damião resolveu peticionar perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, buscando identificar e responsabilizar os responsáveis pela morte de seu irmão.

em 2003, ambos foram incluídos na denúncia, apesar de negarem todas as acusações (RÉU BRASIL, 2021).

Ressalta-se que quando a sentença internacional da Corte Interamericana foi proferida, não havia sequer sentença penal em primeira instância perante a justiça brasileira.

Somente em 29 de junho de 2009, houve a sentença penal em primeira instância condenando Sérgio Antunes Ferreira Gomes (proprietário da Casa de Repouso Guararapes), os auxiliares de enfermagem Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, André Tavares do Nascimento e Elias Gomes Coimbra, Maria Salete Moraes Melo de Mesquita (enfermeira-chefe) e Francisco Ivo de Vasconcelos (médico plantonista) a uma pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto pelo crime de maus-tratos com resultado morte (LIMA; PONTES, 2015).

Os réus recorreram da decisão e em 2012 o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) decidiu pela desqualificação do crime para maus tratos na modalidade simples. Assim, o TJCE reconheceu a prescrição do crime e extinguiu a punibilidade dos autores, uma vez que a denúncia foi recebida em 2000 e a sentença em primeira instância foi publicada em 2009, transcorrendo mais de quatro anos. Tal sentença penal transitou em julgado em 17 de abril de 2013 sem houvesse qualquer manifestação do Ministério Público (ORTIZ, 2018).

Quanto à ação cível de indenização por danos morais contra os responsáveis pela Casa de Repouso, esta foi intentada pela mãe de Damião em julho de 2000 e, também não havia sentença em primeira instância perante a justiça brasileira quando a sentença internacional da Corte Interamericana foi proferida.

Em 2002, a 5ª Vara Cível da Comarca de Sobral determinou a realização de exumação do corpo de Damião para o esclarecimento das causas de sua morte. Um minucioso exame pericial, foi realizado em 06 de abril de 2002 e o relatório do exame esclareceu que, apesar dos restos mortais da vítima estarem em avançado estado de decomposição, não foram constatadas fraturas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Todavia, a Casa de Repouso Guararapes, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos e o diretor clínico, Sérgio Antunes Ferreira Gomes, foram condenados a indenizar Albertina Viana Lopes em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), cada um. Ivo de Vasconcelos recorreu da decisão perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas o recurso foi negado (RÉU BRASIL, 2021).

2.2 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH) encontra-se sediada em Washington, nos Estados Unidos. É um órgão da OEA, criado, principalmente como uma reação à Revolução Cubana e à ditadura do Rafael Trujillo, na República Dominicana, e tem como função precípua proteger os direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (GONZÁLEZ, 2009).

A ComIDH fiscaliza a tutela dos direitos humanos ao receber petições dos indivíduos ou de organização não governamentais quando há violação de algum direito assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (SCHAFRANSKI, 2003).

Diante dessa possibilidade, em novembro de 1999, a irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes Miranda, peticionou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro, denunciando-o por violação aos humanos, como, por exemplo, os direitos à vida, à integridade pessoal, à proteção da honra e dignidade de Damião Ximenes Lopes.

Em 22 de novembro de 1999 a Comissão aceitou a denúncia e em 14 de dezembro do mesmo ano iniciou a tramitação da petição, solicitando ao Brasil que lhe prestasse informações sobre o ocorrido no prazo de 90 (noventa) dias (LIMA; PONTES, 2015).

Em de fevereiro de 2000 a Comissão recebeu novas informações por parte da irmã de Damião, afirmando que até aquele momento o Estado brasileiro não havia adotado qualquer medida em relação ao

caso, e, que outro paciente havia sofrido tortura na mesma clínica. Sendo assim, a Comissão remeteu as informações adicionais ao Estado brasileiro, concedendo-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para que se manifestasse perante as denúncias. Novamente, o Estado brasileiro manteve-se inerte (ORTIZ, 2018).

Por três vezes, o Estado brasileiro quedou-se inerte diante do pedido de manifestação por parte da Comissão. Assim, a Comissão entendeu serem verdadeiros os fatos apresentados na petição formulada pela Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda. E, em 2002, considerando o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 38/2.

Em outubro de 2003²⁰, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 43/03, concluindo que o Estado brasileiro era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial), da Convenção Americana de Direitos Humanos, em virtude dos indícios de frágil investigação policial e impunidade dos agentes da Clínica de Repouso Guararapes, e recomendou que medidas de reparações fossem adotadas (LAMOUNIER, 2014).

Dois meses depois, o Relatório de Mérito nº 43/03 foi encaminhado ao Estado brasileiro e lhe foi concedido prazo de 2 (dois) meses para que prestasse informações sobre as medidas adotadas no cumprimento das recomendações nele formuladas. O Brasil solicitou prorrogação deste prazo, e foi atendido (LAMOUNIER, 2014).

No final de setembro de 2004, diante da falta de implementação das recomendações estabelecidas ao Brasil, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de preenchimento de formulário com informações detalhadas sobre o caso, dando origem à denúncia nº 12.237 (PAIXÃO; FRISSE; SILVA, 2007, p. 10).

20 Neste mesmo ano, a organização não governamental “Justiça Global” ingressou como copeticionária no caso.

2.3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão integrante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Em 01 de outubro de 2004, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro, relatando as condições desumanas e degradantes a que Damiano fora submetido, e, alegou a falta de investigação em relação ao caso por parte do Estado (GÓIS, 2011).

O Brasil alegou, nas exceções preliminares, que não haviam se esgotado os recursos internos, mas não obteve êxito.

No dia 04 de julho de 2006, a CIDH condenou o Brasil pela violação de direitos humanos (direito à vida, à integridade física, às garantias judiciais, à proteção judicial e à integridade pessoal de seus familiares), todos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010).

Os familiares de Damiano tiveram diversos problemas de saúde em virtude da tristeza e angústia que sofreram em decorrência dos fatos narrados. (BRANCO, 2023)

Segundo entendimento da CIDH, o Estado brasileiro faltou com o seu dever de promover a proteção à vida e à integridade pessoal de Damiano submetendo-o a um precário sistema de tratamento psiquiátrico (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A sentença condenatória que responsabilizou o Brasil internacionalmente, estabeleceu que o Estado brasileiro:

1. garantisse a celeridade da justiça na investigação e punição dos responsáveis pelos tratamentos cruéis e desumanos que levaram à morte de Damiano Ximenes Lopes (GÓIS, 2011);

2. criasse de um programa de formação e capacitação para os todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental no Brasil;

3. promovesse o pagamento em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por danos materiais e imateriais (BRANCO, 2023);

4. publicasse, no prazo de 6 (seis) meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados na sentença condenatória (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Vale ressaltar que, pela primeira vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou um Estado pelo tratamento cruel e discriminatório dispensado às pessoas com transtornos mentais.

3. CONDENAÇÃO DO BRASIL

Como mencionado, a CIDH reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil pela violação de direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.1 CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Quanto à publicação, o Estado brasileiro publicou os pontos da sentença no Diário Oficial da União e no Jornal do Brasil em 12 e 13 de fevereiro de 2007, cumprindo a determinação da sentença prolatada (RÉU BRASIL, 2021).

Quanto às indenizações, em 2007, o Estado brasileiro pagou a quantia aproximada de R\$ 280.000,00 para os familiares de Damião Ximenes Lopes (cerca de R\$ 117.700,00 para Albertina Viana Lopes, mãe de Damião, R\$ 105.300,00 para Irene Ximenes Lopes, irmã de Damião, R\$ 28.700,00 para Francisco Leopoldino Lopes, pai de Damião, e R\$ 28.700,00 para Cosme Ximenes Lopes, irmão de Damião). (RÉU BRASIL, 2021)

Sobre a investigação e punição, conforme relatado anteriormente, foi extinta a punibilidade dos crimes praticados pelos responsáveis que trataram Damião de forma cruel e desumana, levando à sua morte.

Quase dezessete anos depois de proferida a sentença, ainda estava sob supervisão a medida relacionada à capacitação dos profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento e cuidado das pessoas portadoras de deficiência (JUSTIÇA GLOBAL, 2023).

Em parceria com a Escola Nacional de Administração Pública, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania lançou, o curso “Direitos Humanos e Saúde Mental - Curso Permanente Damião Ximenes Lopes” (PIMENTEL, 2023).

O caso de Damião é muito relevante para a jurisprudência da CIDH. Em junho de 2022, no julgamento do caso “Luis Fernando Guevara Díaz vs. Costa Rica”, a CIDH solidificou a proteção das pessoas com deficiência, interpretando de forma mais sólida o princípio da igualdade e o direito da não discriminação (SINGULANO, 2023).

A condenação influenciou no fortalecimento da agenda de saúde mental no Brasil, inclusive proporcionando maiores investimentos para esta política pública. No judiciário, o Conselho Nacional de Justiça criou o Grupo de Trabalho “Damião Ximenes Lopes”, visando estabelecer uma política judiciária com uma concepção antimanicomial. Em 2023, a proposta foi aprovada, originando a Resolução CNJ n. 487/2023 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2024).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel desempenhado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é de extrema importância para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

O Brasil, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e um dos Estados soberanos que aceitou a jurisdição da Corte, se comprometeu a cumprir eventuais sentenças condenatórias proferidas pela CIDH que o responsabilizasse internacionalmente.

A primeira condenação ocorreu no dia 04 de julho de 2006 e seu cumprimento foi supervisionado pela CIDH. O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação ao direito à vida e integridade física de Damião e por não cumprir os direitos à garantia de proteção judicial com relação à família da vítima.

Contudo, somente em 2023 é que foi declarado o cumprimento integral da sentença condenatória por parte do Estado brasileiro. O cumprimento integral ocorreu quase 17 anos depois de proferida a sentença, o que ocasionou no arquivamento do caso pela CIDH no mês de setembro de 2023. Isto porque a criação de um programa de formação e capacitação para as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental foi implantado somente em abril de 2023.

É de suma importância a execução de uma sentença internacional condenatória no âmbito interno de um Estado para que haja efetividade das sentenças proferidas por tribunais internacionais. É preciso que haja coordenação entre diversos órgãos do governo e, principalmente, compromisso no cumprimento das referidas sentenças.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Gérica. **O caso Damião Ximenes Lopes e o direito humano à Saúde Mental**. 2023. Disponível em: <https://desinstitute.org.br/noticias/o-caso-damiao-ximenes-lobes-e-o-direito-humano-a-saude-mental/>. Acesso em: 10.mar.2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Política Antimanicomial do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/politica-antimanicomial-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 21.abr.2024.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; ROSATO, Cássia Maria. Caso *Damião Ximenes Lopes*: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 93-113.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil** - Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 25.fev.2024.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **Responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos**. Campinas/SP: Servanda, 2011.

GONZÁLEZ, Felipe. **The experience of the Inter-American Human Rights System**. 2009. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2009/7.pdf>. Acesso em: 02.mar.2024.

JUSTIÇA GLOBAL. **Caso Damião Ximenes Lopes é encerrado por Corte IDH após 17 anos**. 2023. Disponível em: <https://www.global.org.br/blog/caso-damiao-ximenes-lobes-e-encerrado-por-corte-idh-apos-17-anos-2/> Acesso em: 15.mar.2024.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. **Análise da efetividade das sentenças condenatórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos frente à responsabilidade internacional dos Estados**. 174 fl. Tese (Doutorado) –Pós Graduação stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

LIMA, Aluísio Ferreira de; PONTES, Maria Vânia Abreu. O caso Damião Ximenes Lopes e a primeira condenação internacional do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, Florianópolis, v. 7, n. 16, p. 01-13, 2015.

ORTIZ, Fernanda Colomby. **Uma análise do Caso Damião Ximenes Lopes X Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos** – a efetivação de políticas públicas como garantia de direitos humanos. CONPEDI/ UNISINOS. Florianópolis, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/7r4dhucy>

PAIXÃO, Cristiano; FRISSO, Giovana; SILVA, Janaína Lima Penalva da. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil** – Corte Interamericana de Direitos Humanos: relato e reconstrução jurisprudencial. 2007. Disponível em: <direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf>. Acesso em: 23.mar.2024.

PIMENTEL, Carolina. **Corte Interamericana conclui e arquivava caso Damião Ximenes Lopes**. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-10/corte-interamericana-conclui-e-arquiva-caso-damiao-ximenes-lopes>. Acesso em: 03.abr.2024.

PIOVESAN, Flávia. **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana**. In ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (coords). Direitos

Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RÉU BRASIL. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. 2021. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-damiaio-ximenes-lobes/>. Acesso em: 27.fev.2024.

SCHAFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos Humanos e seu processo de universalização**: Análise da Convenção Americana. Curitiba: Juruá, 2003.

SINGULANO, Yara. **Do Caso Ximenes Lopes vs Brasil ao Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-21/do-caso-ximenes-lobes-vs-brasil-ao-caso-guevara-diaz-vs-costa-rica/>. Acesso em: 17.abr.2024.

ESTUDO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM MINAS GERAIS

Jéssica Amaral de Azevedo²¹

Samuel Júnio Muniz da Silva Oliveira²²

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar um estudo das estatísticas criminais de violência doméstica do Estado de Minas Gerais, analisando os indicadores criminais fornecidos pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) do Estado de Minas Gerais. O estudo analisa os dados quali-quantitativos fornecidos pelo órgão, a incidência do crime previsto na Lei Maria da Penha no período de 2017 a 2022 e faz a correlação com as políticas públicas aplicadas, demonstrando que as estatísticas criminais não são capazes de medir a realidade da incidência da violência de gênero e conseqüentemente aplicar políticas públicas de enfrentamento eficazes. O artigo aponta a possibilidade de melhoria na ação do poder público quanto às estatísticas criminais e principais ações de enfrentamento à violência doméstica e sua prevenção, não sendo somente de forma repressiva, afinal esses dados são utilizados no planejamento ostensivo, para atuação policial e destinação de verba específica para as políticas públicas.

Palavras-Chave: Estatísticas criminais, Crimes Invisíveis, Cifra Negra.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de um estudo das estatísticas criminais no âmbito da violência doméstica para a implementação de políticas públicas efetivas. É um tema que vem sendo discutido anteriormente

²¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais. E-mail: jessicaazevedo0104@gmail.com

²² Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais. E-mail: samjuniomunizoliveira@gmail.com

ao surgimento da Lei Maria da Penha. Infelizmente, a incidência dessa violência é grande em todo o país.

A cultura machista está presente nos tempos atuais, em que a mulher conquistou seu espaço e se mostra independente, o conhecido empoderamento feminino. Contudo, ainda às escuras, são acometidas por brutal violência. Lastimavelmente, nem sempre as vítimas de violência de gênero denunciam ou procuram por amparo, em determinadas ocasiões, por falta de instrução, por vergonha ou pela ausência de apoio das suas famílias e pessoas próximas, entre outros fatores.

Nesse sentido, se reconhece a necessidade de abordar o tema, explicitando que a violência de gênero está além da agressão física, que é apenas uma das formas de violência descritas na Lei Maria da Penha, como será apresentado ao longo do trabalho.

Ademais, o artigo vai apresentar análise dos dados quantificados pelo órgão competente em Minas Gerais, a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública - SEJUSP.

A metodologia adotada traz um método indutivo, através de uma análise quali-quantitativa, de forma descritiva e explicativa, utilizando procedimentos bibliográficos, ex-post-facto e levantamento. O referencial teórico adotado são as estatísticas criminais gerenciadas pela SEJUSP e o seu uso no enfrentamento da violência de gênero e no direcionamento da segurança pública e das políticas públicas em Minas Gerais.

O presente artigo tem como objetivo principal analisar se as estatísticas criminais publicadas pela SEJUSP, no Estado de Minas Gerais, são devidamente quantificadas para a implementação de ações e programas das políticas públicas, destinação de verba e estratégia policial no enfrentamento da violência de gênero que se baseiam nos dados nela compreendidos. A perspectiva do texto está em cientificar as informações nele contidos.

Este trabalho está dividido em quatro capítulos além da presente introdução e conclusão. O primeiro busca descrever o que é a violência doméstica frisando os cinco tipos de violência doméstica e familiar

contra a mulher: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral, tipificados pela Lei Maria da Penha (LMP). Destaca ainda que toda mulher, independente de orientação sexual, como também transexuais, travestis e transgêneros de identidade feminina são abarcadas pela LMP e tem garantido por lei o atendimento pela autoridade policial.

O segundo capítulo, descreve o conceito das estatísticas criminais e políticas públicas, além de informar a importância delas no enfrentamento da violência doméstica.

O terceiro apresenta e analisa os dados das estatísticas criminais de violência doméstica e do feminicídio em Minas Gerais num determinado período, incluindo a pandemia do covid-19, citando as possíveis motivações para o aumento ou diminuição dos casos de violência doméstica.

Finalmente, o quarto e principal capítulo do presente artigo, a importância das estatísticas criminais acerca da violência doméstica contra a mulher para a implementação de políticas públicas, sintetiza a importância das estatísticas criminais e das políticas públicas no enfrentamento da violência de gênero, em que analisa os fatores que interferem na inexistência das estatísticas criminais, buscando entender se as atuais políticas públicas são efetivas e quais as medidas a serem adotadas a partir da agrura exposta.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

É preciso compreender de fato, o que é violência doméstica contra a mulher, e o que está no âmago da referida violência. A lei 11.340/06, LMP, em seu art. 5º, e incisos, define violência doméstica e familiar contra a mulher sendo “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Seja no âmbito doméstico, isto é, no espaço de convívio permanente, no âmbito familiar, em comunhão por afinidade ou consanguinidade ou qualquer relação íntima de afeto, que haja convívio ou tenha havido (BRASIL, 2006).

Explica Del Priore (2013), que desde a colonização do Brasil em 1500, no século XV, a mulher no papel de companheira, mãe ou filha, adquiriu certa relevância, levando em consideração os ideais advindos da Igreja Católica. Em 1545, o Concílio de Trento, uma assembleia doutrinária da igreja católica, fazia a separação entre as esposas, na constância do casamento e as “outras”, as que viviam amasiadas.

Neste sentido ainda cita Del Priore:

A dispersão dos núcleos de povoação reforçou as funções da família, no interior da qual a mulher era mantida enclausurada. Ela era herdeira das leis ibéricas que a tinham na conta de *imbecilitas sexus*: incapaz, como as crianças ou os doentes. Só podia sair de casa para ser batizada, enterrada ou se casar. Sua honra tinha de ser mantida a qualquer custo. O casamento, quando havia bens a se preservar, era organizado para manter a paz entre vizinhos e parentes, estes últimos sendo os escolhidos com mais frequência como maridos. Pobre ou rica, a mulher possuía, porém, um papel: fazer o trabalho de base para todo o edifício familiar – educar os filhos segundo os preceitos cristãos, ensinar-lhes as primeiras letras e atividades, cuidar do sustento e da saúde física e espiritual deles, obedecer e ajudar o marido. Ser, enfim, a “santa mãezinha”. Se não o fizesse, seria confundida com um “diabo doméstico”. (DEL PRIORE, 2013, p. 12).

A mulher, desde a época da colonização do Brasil, ou até mesmo anterior à referida época, é vista como gênero inferior, sendo ao homem submissa. A historicidade aponta a misoginia histórica, citada por Del Priori como patriarcalismo brasileiro, em que as mulheres eram detentoras de exclusiva função: criar os filhos e ser obediente aos seus maridos. Quando não eram casadas, as mulheres eram sujeitas aos pais.

No contexto legislativo, anterior ao Código Civil promulgado em 1916, a sociedade brasileira era regida pelo Código Filipino, o qual afirmava a necessidade da tutela das mulheres. No âmbito criminal, era amparado pelo referido Código, a aplicação de castigo moderado às esposas, ou a agressão à estas com pedra e/ou outros. (SENADO FEDERAL, 2023)

Conforme Rodrigues (2003), os homens tinham também o direito de matar suas mulheres quando encontradas em adultério, sendo desnecessária prova austera; bastava que houvesse rumores públicos, o que posteriormente ficou conhecido como crime em defesa da honra ou crime passional.

Em 1991, 75 anos após a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, o Superior Tribunal de Justiça – (STJ) adotou um entendimento afastando a tese de defesa utilizada, em que os crimes cometidos contra as mulheres, foram em defesa da honra ou passionais:

Recurso especial. Tribunal do juri. duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade a prova dos autos (art. 593, parágrafo 3., do cpp). Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Himenez de Asua (el criminalista, ed. Zavalía, B. Aires, 1960, t. IV, p. 34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do código penal. A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os

caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra. Nesta fase do processo, não se ha de falar em ofensa a soberania do juri, desde que os seus veredictos so se tornam inviolaveis, quando não ha mais possibilidade de apelação. Não e o caso dos autos, submetidos, ainda, a regra do artigo 593, paragrafo 3., do cpp. Recurso provido para cassar a decisão do juri e o acordão recorrido, para sujeitar o reu a novo julgamento (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1991).

Como se pode aduzir na decisão acima, a justificativa para tal entendimento foi que o adultério não coloca o marido em legítima defesa. Conforme tese de defesa aplicada nos anos anteriores e consequentemente aceita pelo judiciário.

O entendimento supracitado é alusão à Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais, perante a Constituição. Ainda em matéria de matrimônio no § 6º, artigo 226, da Magna Carta, na constância do casamento pode haver divórcio, corroborando o entendimento do STJ à não aceitação da tese de crime em legítima defesa da honra (BRASIL, 1988).

Ademais ao contexto histórico, a violência doméstica sempre esteve presente em todas as classes sociais, e vem se perdurando ao longo da história. A LMP detém desta nomenclatura em homenagem à Maria da Penha, vítima de violência doméstica pelo marido à época dos fatos (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2023).

Conforme dispõe o inciso I, do art. 7º da referida lei, a violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher (BRASIL, 2006).

A violência psicológica, definida no inciso II, do referido artigo, é a conduta que cause abalo emocional, abalo à autoestima, controle das decisões, manipulação, perseguição, isolamento de familiares, amigos, trabalho ou qualquer outro meio que cause prejuízo a saúde psicológica (BRASIL, 2006).

A violência sexual, inciso III, do art. 7º, é a conduta libidinoso ou qualquer ato sexual sem o consentimento da vítima, mediante ameaça, intimidação ou uso de força, como por exemplo o aborto, prostituição, não utilizar métodos contraceptivos e outros (BRASIL, 2006).

A violência patrimonial, art. 7º, inciso IV, pode ser entendida como retenção, subtração ou destruição parcial ou total dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos, valor ou recurso econômico (BRASIL, 2006).

A violência moral, inciso V, do referido artigo, diferente da violência psicológica é a conduta que fere diretamente a honra, a imagem da vítima, que são os crimes de calúnia, difamação ou injúria (LAMOUNIER; SOUZA, 2023).

De acordo com o artigo 2º da referida LMP, toda mulher independente de orientação sexual, goza dos direitos fundamentais por ela assegurados. Todavia, uma mulher também pode cometer violência doméstica, em decorrência de uma união homoafetiva. Transexuais, travestis e transgêneros de identidade feminina também estão protegidos pela LMP (LIMA, 2020).

Segundo entendimento o Tribunal de Justiça do DF (2023):

A autoidentificação da vítima como mulher é condição suficiente para sua inserção no gênero protegido pela Lei n. 11.340/2006, especialmente porque não é feita distinção entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero, referindo-se o artigo 5º apenas genericamente ao termo mais abrangente “mulher”, bem como utilizando, propositadamente, o termo “gênero” ao esclarecer a violência doméstica e familiar contra a mulher (“configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”). 3. Não há que falar em analogia “in malan partem” na aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transgênero, uma vez que não se trata de “mulher por analogia”, mas simplesmente

de mulher, que dessa forma se identifica, ainda que possua características biológicas masculinas. 4. Uma vez que a ofendida se identifica como mulher e, por isso, performa com base na expectativa social para o gênero feminino, dessa maneira sendo percebida inclusive perante seu círculo social e pelo suposto agressor, a alteração de seus registros civis representa apenas mais um mecanismo para a expressão e exercício pleno do gênero mulher com o qual se identifica, não podendo ser um empecilho para o exercício de direitos e garantias que lhes são legal e constitucionalmente previstos. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado (2º Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Ceilândia/DF). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2023).

Compactuando com o entendimento acima, Maria Berenice Dias (2012), afirma que havendo a exigência da qualidade especial: ser mulher, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino são abrangidos pela LMP.

No art. 11, incisos III e IV da LMP, no que tange ao atendimento pela autoridade policial, é garantido à vítima o fornecimento de transporte à um local seguro, quando há risco de vida ou se necessário acompanhá-la até o local dos fatos ou à sua residência para a retirada dos seus pertences, cabe também à autoridade policial informar à ofendida os direitos garantidos por lei e à assistência jurídica assegurada a ela. Prevê ainda o art. 12-C da referida lei, que o agressor pode ser afastado do lar, domicílio ou local de convivência quando verificado o risco iminente à vida ou a integridade física ou psicológica da ofendida (BRASIL, 2006).

Conforme dispõe o artigo 14-A caput e §1º, da LMP, é possível propor ação de divórcio ou dissolução de união estável, pela vítima de violência doméstica, no juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a comarca dispuser de tal, quando não, a competência é do juizado ou órgão competente de processo civil,

entretanto, não será possível tratar sobre partilha de bens no Juizado de Violência Doméstica (BRASIL, 2006).

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é proibido à aplicação de penas ao agressor, de cesta básica ou em pecúnia, à vítima e/ou instituições sociais, ou sequer, ser a pena reduzida a multa, de forma isolada, tendo em vista a sua previsão legal no artigo 17 da referida lei (BRASIL, 2006).

No que se refere as medidas protetivas de urgência, em suas disposições gerais, tratadas aqui, dentre outras, no artigo 19, §§ 1º, 4º, 5º e 6º da Lei 11.340/06, o juiz poderá conceder as medidas protetivas de urgência, a pedido da ofendida ou do Ministério Público, podendo ser de forma imediata e independente das partes, devendo este último ser comunicado de tal ato. As medidas protetivas serão concedidas a partir do depoimento da ofendida perante autoridade policial ou através de alegações escritas, podendo ser indeferidas se a autoridade compreender que inexistente o risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes. As medidas protetivas de urgência independem da tipificação penal, ajuizamento de ação penal ou cível, ou sequer a existência de inquérito policial ou registro de boletim de ocorrência. Enquanto houver risco à vítima, as medidas protetivas de urgência vigorarão (BRASIL, 2006).

De acordo com o art. 21 da LMP, a vítima deverá ser notificada do andamento de qualquer alteração processual, e até mesmo da saída da prisão do agressor, quando desta resultar. E o parágrafo único prevê que em hipótese alguma a ofendida poderá entregar intimação ou notificação ao delinquente (BRASIL, 2006).

Conforme o artigo 22 da referida lei, se for constatada a violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz pode aplicar, imediatamente, ao agressor, de forma conjunta ou separada, as seguintes medidas protetivas: retirada da posse ou porte de armas, afastamento do lar, domicílio ou de onde conviva com a ofendida, vedar a aproximação e contato com a ofendida, familiares e testemunhas da vítima, proibi-lo de frequentar lugares em que a vítima tenha o costume de ir, restringir ou suspender as visitas aos dependentes

menores, poderá prestar alimentos provisórios, tendo ainda, o agressor que comparecer a programas de recuperação, reeducação e acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2006).

Segundo o art. 23 da referida lei, o juiz poderá sem qualquer prejuízo, encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa comunitário de proteção ou de atendimento, determinar a recondução da ofendida e seus dependentes ao domicílio, após retirar o agressor, determinar o afastamento da ofendida do lar, determinar a separação de corpos e a matrícula de dependentes na rede educação básica mais próxima do seu domicílio (BRASIL, 2006).

Conforme o art. 24 da LMP, para proteger o patrimônio da ofendida, o juiz pode determinar que o agressor restitua bens indevidamente subtraídos, proibir a celebração de atos de compra, venda e locação da propriedade conjugal, salvo expressa autorização judicial, suspender as procurações realizadas pela ofendida ao agressor, prestação de caução provisória decorrentes de perdas e danos pela prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida (BRASIL, 2006).

No caso do descumprimento de medidas protetivas de urgência, o art. 24-A da referida lei caracteriza como crime, na qual imputa pena de detenção, de três meses a dois anos. Tal delito é configurado, independente da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas, sendo possível na prisão em flagrante, a possibilidade da autoridade judicial de conceder fiança (BRASIL, 2006).

É possível verificar a presença da violência de gênero ao longo da história, contudo também é possível verificar a evolução das leis e da interpretação dos poderes legislativos e judiciários no âmbito da violência doméstica.

2. O PAPEL DAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Constituição Federal em seu artigo 144 prevê que a segurança pública é dever de cada Estado, ou seja, cabe a cada governo estadual, organizar suas polícias, salvo os órgãos federais (BRASIL, 1988).

Cada Estado tem uma central de coleta das estatísticas oficiais de crime.

O Estado de Minas Gerais possui a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública de Minas Gerais (SEJUSP) como central responsável pela coleta e administração desses dados, por intermédio do Centro Integrado de Informações de Defesa Social (CINDS, 2023).

O CINDS, implantado em 2007 tem por objetivo produzir estatísticas e relatórios, mensalmente, sobre a criminalidade de Minas Gerais:

tem como objetivo a produção mensal de estatísticas e relatórios analíticos sobre a criminalidade no Estado de Minas Gerais, partindo de informações retiradas dos bancos de dados das Instituições do Sistema de Defesa Social (Polícia Militar, Polícia Civil, Corpo de Bombeiros e Sistema Prisional). Esse centro tem como fundamento dotar as instituições do Sistema de Defesa Social de informações mais completas e analíticas, que possibilitem um ganho no entendimento do fenômeno da criminalidade e orientando ações operacionais mais efetivas (SEJUSP, 2008).

Alguns dados que compõem as estatísticas criminais advêm do fornecido pela população através de denúncias, ocorrências policiais e até mesmo de informantes.

Conforme Penteadado Filho (2021), “os dados apenas se oficializam, em termos criminais, segundo uma lógica de atos tríplexes: detecção do crime + notificação + registro em boletim de ocorrência.”

A importância dos indicadores dessas estatísticas da violência de gênero, no que tange o uso das forças policiais, com ênfase as polícias civil e militar, tendo cada uma a sua função, seja ela ostensiva, garantindo a segurança, ou seja ela de investigação criminal, compreende de forma conjunta zelar para a diminuição da criminalidade, com assertiva gestão desses dados, tendo em vista que, cada instituição possui o seu ofício.

Os indicadores permitem que haja um planejamento de combate à criminalidade, por ser um dado único fornecido pela SEJUSP, não tendo cada força policial ou órgão público, o seu dado individual o que inviabilizaria o efetivo enfrentamento da violência contra a mulher, frente às Estatísticas Criminais como cita o Tenente Coronel Quintão (POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS, 2017). Cada órgão ou instituição dentro da sua função e todos de forma conjunta, sob um mesmo número, traçam planos de enfrentamento à violência de gênero.

Conforme Moraes (2016), a análise criminal pode trazer um conceito novo em segurança pública, por meio de uma mudança de foco gerencial, possibilitando o monitoramento do ambiente para que o crime sequer ocorra.

Pode-se perceber que a função das estatísticas criminais da violência doméstica não é somente medir a quantidade de crimes ocorridos ou fornecer esses dados aos órgãos competentes e disponibilizar à sociedade, mas contribuir para as ações do Estado, para se necessário haver mudança ou reorganização na atuação e combate à criminalidade.

Os dados atendem ao Estado, impactando na criação de políticas públicas e seu planejamento, são os indicadores que ajudam a identificar quais serão as ações públicas, a atuação da segurança pública, dos policiais e investimentos no setor (PENTEADO FILHO, 2021).

No que tange as políticas públicas, pode-se dizer que são as medidas tomadas pelo Estado para proteger os direitos da sociedade.

Conforme Bucci (2021), seguindo a hipótese de que a política age através de expressões jurídico-institucionais, na qual seu domínio representa uma forma própria de poder, a funcionalidade do governo e construção dos arranjos institucionais, no que tange as políticas públicas, constituem um registro de pesquisa e ação. Seu foco principal está canalizado na formação do direito, com base em programas de ação governamental, dentro de um ambiente democrático.

O objetivo das políticas públicas é compreender o fenômeno governamental dentro do próprio direito, através de instrumento analítico que atenda a identificação e sistematização de conjunções, disposições e instituições jurídicas indispensáveis a um Estado em crescimento para elaborar e desempenhar políticas públicas, produzindo canais e processos de organização de forças da sociedade (BUCCI, 2021).

Consoante Smanio e Bertolin (2013) as Políticas Públicas presumem as relações do Estado com a sociedade, pois o preceito a ser alcançado é a via de participação dos cidadãos, tanto para criação, quanto para seu desempenho. A participação promove a cooperação entre Estado e sociedade, ou seja, entre os próprios cidadãos, criando um círculo ilibado de legalidade para as Políticas Públicas, visto que é uma validação de que precipuamente as demandas da população estão em decisão e execução.

De acordo com a Superintendência de Prevenção à Criminalidade, a política de prevenção social à criminalidade se trata de uma política de segurança pública que visa explicar os fenômenos de várias causas geradoras de conflitos, violência e procedimentos criminais a partir de uma solução pluralista e adequada a cada situação destacada. Essa ação representa uma nova abordagem da política de segurança pública historicamente estabelecida no Brasil, pois deve ampliar o foco de atuação, forçar o diálogo com outros saberes e ampliar os alvos e possíveis respostas aos fenômenos da criminalidade e da violência (SPEC, 2009).

O objetivo geral da Política de Prevenção Social à Criminalidade é promover a prevenção e redução da violência e do crime em

determinadas áreas e grupos mais vulneráveis a esses fenômenos e aumentar a sensação de segurança em Minas Gerais (SEJUSP, 2021).

Segundo a SEJUSP (2021), esta política parte do entendimento de que ela pode ser plenamente implementada no combate à violência e à criminalidade a partir de um conjunto de estratégias e medidas integradas, desempenhadas pelo poder público, com a participação da sociedade civil, visando a intervenção direta nas dinâmicas sociais conflitantes, violências e processos criminais.

A Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011), diz que, o objetivo geral dessa política nacional, é enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres, a partir de uma perspectiva de gênero e de uma visão integral deste fenômeno. E cita ainda, que os objetivos específicos são reduzir os índices de violência, promover mudança cultural adentrando o respeito entre os gêneros, garantir e proteger os direitos das mulheres e promover atendimento humanizado às mulheres vítimas de violência.

Pode-se dizer, então, que as políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero são dependentes das estatísticas criminais. Embora as ações públicas no enfrentamento da violência doméstica sejam taxadas como preventivas, elas foram implementadas a partir da reincidência de determinada conduta ou delito, os quais são quantificados pela análise criminal, ou seja, pelas estatísticas.

A forma preventiva do Estado com seus programas, ações, patrulhamento policial ou qualquer outro meio é coibir delitos de qualquer forma de violência contra a mulher, com o intuito de proteger a integridade feminina, viabilizando assim, o bem comum, a vida e a saúde das mulheres, proporcionando o apoio adequado em cada uma das suas intervenções.

3. INDICADORES DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DO FEMINICÍDIO EM MINAS GERAIS

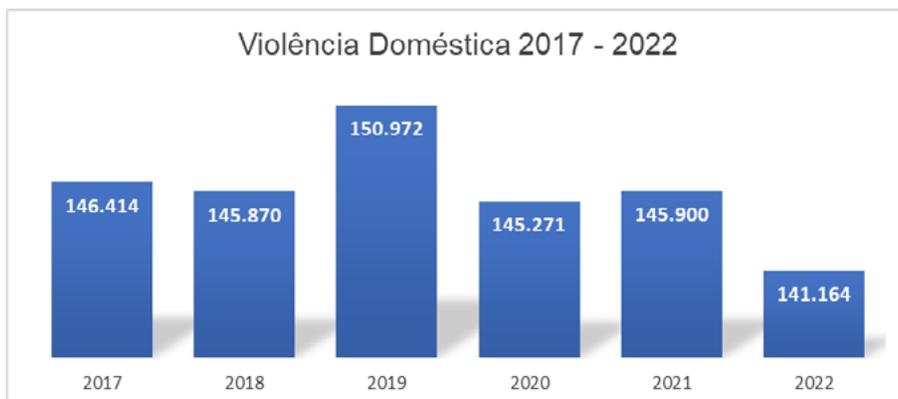
A LMP atualmente possui dezessete anos de vigência, e é considerada uma das leis mais avançadas no enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres.

Embora a LMP seja vista como uma grande referência mundial, é preciso entender, na prática, a sua eficácia. A partir dos dados fornecidos pela SEJUSP, citado nos capítulos anteriores, como central responsável pela coleta e administração de dados criminais e também base para análise principal do atual capítulo. No que tange as estatísticas criminais e sua aplicabilidade nas políticas públicas, o presente capítulo pretende apresentar a análise entremedio 2017-2022 da violência doméstica no Estado de Minas Gerais, período este que compreende a pandemia do Covid-19.

3.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM MINAS GERAIS

No gráfico abaixo, os dados da SEJUSP (2023) e da Polícia Civil de Minas Gerais (2023), mostram a incidência da violência doméstica em Minas Gerais, dentre janeiro de 2017 a dezembro de 2022. Em relação ao período analisado, conforme demonstra o gráfico 1, o ano com maior incidência da violência foi 2019, com mais de 150 mil ocorrências de violência doméstica.

Gráfico 1 – Violência Doméstica 2017 – 2022



Fonte: Dados SEJUSP (2018-2023) - Elaborado pelos autores

Analisando gradativamente o período, percebe-se que entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018, houve uma queda de 0,37% no número de ocorrências. Um fator que pode ter influenciado na queda das ocorrências neste período, é uma ação do governo de Minas Gerais, realizada em novembro de 2017, onde foi inaugurada a 1ª Companhia de Prevenção à Violência Doméstica contra as mulheres (PVD), da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), a qual presta o segundo atendimento às mulheres, a partir da triagem das ocorrências registradas no Disque 190, na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM) e demais delegacias que recebem este tipo de ocorrência (SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DE MINAS GERAIS, 2018).

No período de janeiro de 2018 a janeiro de 2019, ocorreu um aumento de 3,50% nos casos de violência doméstica. Uma possível justificativa para o aumento da violência doméstica pode estar relacionada aos costumes e aspectos culturais das famílias, como o consumo excessivo de álcool e substâncias ilícitas, comunicação intrafamiliar precária, cultura familiar de violência doméstica, desemprego, pobreza, machismo e ciúmes (BERROCOZO, 2019).

Corroborando com o entendimento acima de Berrocozo, Abdala e Índio asseveram que o índice de desemprego em 2019, era de 11,9% da população brasileira. (ABDALA; ÍNDIO, 2019).

No período de 2019-2020 houve uma queda significativa nos números de ocorrências, de 3,78%. O reforço as políticas públicas associada a uma maior acessibilidade virtual de denúncia, podem ser fatores que contribuíram para a diminuição dos casos. Entre o período em questão, foram implementadas políticas públicas como o Observatório Nacional da Família, uma unidade de conhecimento técnico-científico e o Programa Município Amigo da Família que tem por objetivo fortalecer os vínculos familiares (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, 2022).

No período de janeiro de 2020 a janeiro de 2021 houve um pequeno aumento no número de ocorrências, de 0,43%. A pandemia do Covid, que causou confinamento social, pode ter sido um dos motivos para o aumento do número de casos, isto porque são crescentes as tensões provocadas pelo isolamento forçado, o estresse, a irritabilidade advinda das incertezas, medos e preocupações de contaminação, as dificuldades em suprir necessidades básicas como alimento, lazer e saúde. (SEJUS/DF, 2020).

Já o período de janeiro de 2021 a dezembro de 2022 teve uma queda significativa de 3,25%. De acordo com a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, em 2021 o senador Romeu Zema promulgou lei que beneficia as vítimas de violência doméstica, priorizando o atendimento a programas e atividades de qualificação profissional que o Estado financia, com o intuito de inserir essas mulheres no mercado de trabalho, conquistando independência financeira e consequentemente emocional, tendo condições de pôr fim à violência doméstica anteriormente sofrida (SEDESE, 2022).

Percebe-se, portanto, que as políticas públicas se fazem eficazes no enfrentamento de violência doméstica, não somente afastando o agressor ou a vítima do domicílio, perante as casas abrigo ou medidas protetivas, mas dando recursos para que as vítimas sejam capazes de continuar suas vidas não sendo revitimizadas ao tentar se inserir no mercado de trabalho ou sendo obrigadas a se manter no relacionamento abusivo pela dependência financeira.

3.2 FEMINICÍDIO

Apesar da violência doméstica não se tratar meramente de violência física, pode-se dizer que o mais gravoso, dentro do previsto pela LMP é a ofensa à integridade física.

Mesmo na atualidade, existe o que se pode chamar de ponto crítico no enfrentamento da violência doméstica. Como discorrido anteriormente, as mulheres eram subordinadas aos pais ou aos maridos, cultura ainda enraizada na sociedade que de forma preconceituosa diz que problemas “de casa” se resolvem em casa. Momento esse em que a própria sociedade ignora o chamado “ciclo de violência”.

De acordo com o Senado Federal (2023, apud WALKER 1979), o ciclo da violência é dividido em três fases. A primeira fase é denominada fase de tensão, no primeiro momento o agressor se mostra irritado até mesmo com coisas ou situações insignificantes, e há ofensas verbais. A segunda fase corresponde à fase de agressão, ato de violência, o agressor perde o controle e agride a vítima fisicamente, sexualmente etc. A terceira fase é a lua de mel, o agressor se mostra arrependido, pede perdão, fica carinhoso e busca a reconciliação.

Contudo após um período de tranquilidade na relação, o ciclo se repete desde a primeira fase e podem ser cada vez mais intensas as agressões. Considerando a intensidade da violência e o que se pode interpretar como último estágio desse ciclo, sucede o feminicídio. (SENADO FEDERAL, 2023).

Conforme Sabadell e Bodelón (2016, s.n.), “a forma mais extrema de manifestação dessa violência está representado pelo assassinato”, ou seja, o feminicídio é o extremo, limite da violência doméstica.

O termo Feminicídio conforme sua tipificação no Código Penal (art. 121, § 2º-A, inciso VI), incide sobre o crime de homicídio cometido contra a mulher pelo menosprezo ou discriminação à condição de ser mulher ou em decorrência de violência doméstica (BRASIL, 1940).

O período analisado no gráfico 2, é congruente ao período analisado da violência doméstica. Em comparação à violência doméstica o número de feminicídio é menor, dado que o feminicídio como acima referido, é o último estágio da violência doméstica após todas as fases e não cessada a violência.

Em análise ao gráfico 2 abaixo, em comparação à quantidade de crimes de feminicídio ocorridos no período de 2017, houve aumento de 4,67% em 2018, sendo quantificado em 157 o número de feminicídios ocorridos. Já em 2019 houve uma queda de 8,28% em relação à 2018 nos crimes em epígrafe, chegando a 144 o número de mulheres mortas. Em 2020 houve um aumento de 3,47% em relação ao mesmo período de 2019, subindo para 149 o número de crimes hediondos contra as mulheres. Em 2021 o aumento foi de 4,03% subindo para 155 o número de crimes. Em 2022 houve um aumento significativo de 12,26% no número de feminicídios, chegando a 174 mulheres mortas em Minas Gerais.

Gráfico 2 – Feminicídio 2017 – 2022



Fonte: Dados SEJUSP (2018-2023) - Elaborado pelos autores

Em análise da relação existente das vítimas com os autores dos crimes, mais de 40% são cometidos pelos cônjuges e companheiros e mais de 20% são cometidos pelos namorados ou ex-companheiros, sendo sucedido por não informado, outros parentescos, relacionamento extraconjugal, amigos e conhecidos e outros (PCMG, 2023).

No gráfico 3, comparando o período em epígrafe, entre os crimes de feminicídio na modalidade tentado (impedido por motivos alheios à vontade do agente que pratica tal ato) e na modalidade consumado em Minas Gerais observa-se a discrepância dos números. Ainda que seja considerado crime hediondo, o número de tentativas de assassinato contra as mulheres é maior do que o número de casos consumados e em alguns anos o dobro desses números.

Em análise ao gráfico abaixo, em 2017 o número de feminicídios tentados foi aproximadamente 106% maior que o número de feminicídios consumados. Em 2018, esse número é 77,71% maior. Em 2019, a tentativa de feminicídio foi aproximadamente 57,64% maior que o consumado. Em 2020, esse número cai para aproximadamente 27,52%. Cai novamente para 16,77 % aproximadamente no ano de 2021. E em 2022, é aproximadamente 11,49% maior o número de casos de feminicídio tentado em relação aos consumados.

As tentativas de feminicídio, conforme o artigo 14 do Código Penal, são os crimes que não se consumaram porque o agente foi impedido por motivos alheios a sua vontade, seja pela intervenção da polícia, seja a vítima que conseguiu se desvencilhar, seja pela chegada de terceiro e/ou outros (BRASIL, 1940).

Gráfico 3 – Feminicídio Tentado x Consumado 2017 – 2022



Fonte: Dados SEJUSP (2018-2023) - Elaborado pelos autores

Pelo exposto, pode-se perceber que a intervenção do Estado e a participação da sociedade são fatores importantes para a diminuição dos casos de violência doméstica e feminicídio, a intolerância à violência de gênero, conceder a devida atenção e socorro às vítimas e aos sinais de violência doméstica, denunciar por meios legais qualquer conduta delituosa e prestar apoio à tais vítimas.

4. A IMPORTÂNCIA DAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS ACERCA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS

Como supracitado, os dados criminais advêm da constatação do crime, sua notificação e registro da ocorrência. Contudo, existe a problemática da não quantificação exata do número de crimes cometidos contra a mulher, ou seja, da violência doméstica, o que impacta diretamente as ações efetivas do Estado.

Apesar de haver uma Secretaria, componente da administração pública, vinculados as forças policiais e competentes da segurança pública, não se pode afirmar, categoricamente, que os dados das estatísticas criminais foram todos quantificados.

É de alta relevância falar dos crimes que não são denunciados, por vergonha ou sentimento de culpa da ofendida, por coação e até mesmo da dificuldade de as vítimas reconhecerem que são realmente vítimas de violência. O Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (2020), aponta que quase 70% das mulheres vítimas de feminicídio nunca denunciaram as agressões à Polícia.

Segundo Carvalho (2006), a dificuldade da ofendida de se reconhecer como vítima pode variar com o grau de instrução da pessoa, além dos crimes serem uma construção social, havendo uma discordância entre o previsto pela legislação e o entendimento da sociedade:

Os crimes são uma realidade jurídica, cuidadosamente definidos pela lei, mas são, também, uma realidade

socialmente definida e construída. Essa construção social do que é “crime” ou do que é “violência” pode não coincidir - e, de facto, frequentemente não coincide - com o que é descrito pela legislação. A consciência social de um determinado “delito” precede, geralmente, a sua tipificação pelo direito penal. As pessoas podem entender um determinado ato como violento, mesmo que não haja uma categoria jurídica para o enquadrar, e podem relatá-lo, ou não, à polícia ou a um inquiridor. Essa percepção individual de ter sido “vítima” varia conforme a experiência pessoal, o grau de cultura, a exposição às histórias ficcionadas dos “media” e às narrativas jornalísticas, ao facto de o assunto estar na “agenda” política do momento, e a grande número de fatores (CARVALHO, 2006).

Pelo exposto, pode-se perceber a dificuldade culturalmente enraizada, e a dificuldade de denunciar e se desvencilhar pode estar relacionada a essa consciência social, não sendo a violência doméstica sofrida pelas mulheres e outros por ela tutelados, de fácil percepção ou divulgação.

Um aspecto que corrobora para o exposto acima é o enquadramento da violência psicológica, pois são encontrados obstáculos em configurá-la no contexto da violência doméstica sofrida pela ofendida, ou seja, há um conflito para a comprovação do referido dano conhecido como violência invisível, causando lacunas hermenêuticas que precisam ser preenchidas e que enseja a tipificação legal a serviço do Poder Judiciário como um todo (BALBINO; VILLA; PAZ, 2022).

No que se refere aos motivos que podem coibir a denúncia do crime em epígrafe, encontra-se o entendido como violência silenciosa conforme Balbino, Villa, Paz (2022, apud Acquaviva e Oliveira, 2018), tem-se o chamado Estupro Marital, tipificado na LMP como violência sexual, também de difícil tangibilidade, no qual a vergonha, o sentimento de culpa e os conflitos éticos, inibem a ofendida

na denúncia do crime. O contexto cultural de preservação do casamento e família, atingem diretamente o poder de decisão da mulher, que acaba aceitando a violência sexual sofrida nas suas relações conjugais.

No tocante aos fatores que incidem na não denúncia pelas vítimas de violência doméstica, depreendeu-se a necessidade de mudança em seu acolhimento, haja vista que o atendimento oferecido pelos agentes de polícia à vítima, quando esta optava por realizar uma denúncia, muitas vezes lhe causava constrangimento, humilhação e revitimização. A consequência desta conduta institucional fazia com que as mulheres desacreditassem nas autoridades policiais e evitassem as denúncias de violência de gênero (SABADELL; PAIVA; CERETTI, 2022).

Diante dos fatos e de uma sociedade conservadora em que foi culturalmente aplicado às mulheres a conduta de serem submissas a seus pais e maridos ou qualquer outro homem que faça parte do seu convívio, existem os crimes invisíveis, o encoberto à sociedade, às forças policiais e ao Estado, sendo essas mulheres vítimas por toda vida até terem suas vidas ceifadas e se tornarem estatísticas de feminicídio.

Corroboram com o entendimento Siqueira e Neves (2016), ao expor que o número real de crimes difere do computado pela análise criminal, a denominada cifra negra: “o registro do crime permite uma análise de sua incidência a partir daqueles eventos relatados. Apesar disso, a diferença entre a taxa real e os crimes conhecidos pode ser denominada “cifra negra do crime”, ou no original em inglês *dark figure of crime*.

Verifica-se, portanto, que a inexatidão das estatísticas criminais não se trata de uma problemática nova, é um fato conhecido por doutrinadores e pelo poder público, o qual deveria ser mais efetivo e assertivo na divulgação da LMP e instrução à sociedade tendo em vista que esse é o dever do Estado, além de zelar pela segurança dessas mulheres.

Segundo Silva e Cury (2021), “evidencia-se as cifras negras que são crimes e criminosos que não estão nas estatísticas oficiais exatamente

por escaparem da repressão dos órgãos formais de controle”. Contudo, a cifra negra não é um inimigo fácil, pois ocorre às escuras, por não saber quem ou o que enfrentar as ações do Estado são impossibilitadas.

Azevedo, Riccio e Ruediger, (2011, apud Batittucci, 2007), afirmam haver problemas na contabilização oficial dos crimes, que vão desde a falta de abrangência dos dados e subnotificação dos crimes até a metodologia de coleta e interpretação das informações, sendo um risco a utilização da taxa como função organizacional, ou seja, a preocupação somente com os números e não com as causas. O aumento e diminuição dos registros dos crimes ainda podem causar uma falsa impressão a respeito da ocorrência conforme Azevedo, Riccio e Ruediger:

a contabilidade oficial dos crimes por meio de registros administrativos, como Boletins de Ocorrência (ou Registros de Ocorrências) ou Declarações de Óbito, possuem problemas que vão desde a falta da abrangência dos dados e da subnotificação dos crimes, até a questões relativas à própria metodologia da coleta, processamento ou interpretação das informações. Logo, a organização das estatísticas e a disseminação de sua utilização é central a uma política de mudança de paradigma da ação policial. Um risco presente é o fato de a utilização das taxas criminais resultar em uma função estritamente de controle organizacional, na qual a principal preocupação são as taxas de crime, e não as suas causas reais. Aumentos ou diminuições nos registros podem resultar em falsa impressão acerca de sua ocorrência (AZEVEDO; RICCIO; RUEDIGER, 2011).

Diante do exposto, entende-se que perante a agrura apontada por estes autores, conjuntamente com os demais citados, as estatísticas criminais apesar da sua importância para as ações de segurança pública, deixam uma rachadura. Nem toda vítima de violência

doméstica recebe assistência ou orientação específica, entendimento esse implícito quando se fala de violência silenciosa, cifra negra ou inexatidão dos dados da análise criminal.

Expõe Moraes (2016, p. 11 *apud* KAHN, 2005) que “por muitos anos no Brasil, principalmente na época da ditadura militar, as decisões políticas acerca da segurança pública tiveram enfoque meramente repressivo”, a política aplicada era insuficiente e costumeiramente era priorizado o aumento do efetivo policial e equipamentos como armas e veículos.

Conforme Avelino e Barbosa (2020) a efetivação das políticas públicas de segurança, ocorre de forma primordial por policiais militares e civis, no qual eles são os responsáveis pelo contato prévio com as vítimas, utilizando-se do aparato estatal para resguardá-las. A falta de grau mínimo de governança pública, em especial a ausência de mecanismos de controle dos órgãos de segurança e a ineficácia de fiscalização desempenhada pelos demais órgãos que compõem a justiça criminal, acarretam numa situação de negligência nos casos que envolvem a violência doméstica contra mulheres.

Nos capítulos anteriores já foi discorrido acerca das estatísticas criminais e das políticas públicas, entretanto, cabe destacar sobre a sua implementação que, segundo Rua:

(...) pode ser compreendida como o conjunto de decisões e ações realizadas por grupos ou indivíduos, de natureza pública ou privada, as quais são direcionadas para a consecução de objetivos estabelecidos mediante decisões anteriores sobre uma determinada política pública (RUA, 2014, p.89).

Portanto, a implementação das políticas públicas decorre do conjunto de decisões e estudos da incidência de crimes em determinada região, medição baseada majoritariamente pelos dados das estatísticas criminais.

Segundo a SEJUSP (2023) para uma maior eficácia dos órgãos de segurança pública do Estado em 2003, foi implantado um programa de regionalização da atuação da segurança pública. A regionalização permite que as unidades regionais dos órgãos de segurança pública atuem de forma integrada para as ações demandadas pelas características de cada região. Os programas das políticas públicas são custeados de acordo com a análise criminal de determinada área, ou seja, o investimento será mediante os dados fornecidos, as estatísticas criminais.

A não exatidão das estatísticas criminais no que pesa os crimes invisíveis e cifra negra conforme descrito neste capítulo, inviabiliza a aplicação de políticas públicas eficazes que corroborem para a diminuição da incidência dos crimes ora quantificados a partir das estatísticas criminais e interfere diretamente no planejamento financeiro, ou seja, a destinação de verba específica para o enfrentamento da violência doméstica, perante os estudos da segurança pública. O aumento da incidência de violência doméstica também decorre do despreparo das polícias civis e militares no atendimento às vítimas e andamento dos procedimentos, sendo responsáveis pela quantificação dos dados e conseqüentemente as estratégias de segurança aplicáveis diante das ocorrências registradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todo o contexto histórico, em vários momentos e décadas distintas, é possível identificar a predominância da violência de gênero. Tal impetuosidade foi enxertada de forma subliminar, com a cultura, costumes, ensinamentos familiares, desde a época da colonização, em que era tolerado a aplicação de castigos e até mesmo ceifar a vida das mulheres se houvesse rumor de adultério.

A violência ainda está presente na atualidade, exposição que se confirma com os números alarmantes das estatísticas criminais apresentadas e quando se analisa a predominância da violência doméstica em todo o país.

A LMP foi uma conquista para as mulheres como forma de conter a violência de gênero e de punir os agressores, haja vista que num período não muito distante sequer sofriam alguma condenação.

A LMP veio também para tutelar a vida das mulheres, apontando que a violência doméstica não incide somente sobre a agressão física, outrossim, são tuteladas a sua saúde psíquica, financeira e em proeminência a vida, proporcionando meios para que essas mulheres busquem ajuda, sejam protegidas e tenham suas vidas preservadas através das redes de apoio, evitando que elas se tornem mais um número das estatísticas de feminicídio.

Incumbe destacar a relevância das estatísticas criminais no apoio à segurança pública e ao Estado no enfrentamento direto à violência de gênero, contribuindo para as ações, planejamentos, reorganização na atuação, políticas públicas de defrontação à violência doméstica, como forma de zelar pela integridade e a vida das mulheres, aumentando a sensação de segurança.

As estatísticas criminais, apesar de serem um importante avanço na recapitulação de segurança pública, versa dizer que a incidência do crime em questão é de um todo preocupante, quando se analisa o contexto, os estudos aplicados, a regionalização, a criação de políticas públicas e demais ações do Estado, percebe-se que estas não se mostram eficazes, tendo em vista que os dados apurados não são números reais.

Nota-se que grande parte das ofendidas não denunciam, não buscam ajuda nas redes de apoio, seja porque se sentem envergonhadas da situação na qual se encontram, seja porque consideram que as agressões sofridas são corriqueiras, ou seja, porque encontram dificuldades de denunciar o fato às autoridades competentes.

Assim, as mulheres que não se reconhecem como vítimas, pela cultura a elas imposta ou até mesmo não acreditam que a polícia irá se preocupar com o seu problema diante dos números alarmantes da violência, se consideram “mais uma na multidão”.

E neste ponto tem-se o crime invisível, a cifra negra, o obscuro, não conhecido pela polícia, e assim, eis a questão, não há como

combater algo que não se tem conhecimento da sua existência. Destarte, não se pode dizer que os casos têm aumentado ou diminuído se os números da análise criminal são tênues.

Pelos dados estatísticos apresentadas nos gráficos, no período de 2017 a 2022, do Estado de Minas Gerais, houve uma diminuição nos números de denúncias de violência doméstica, entretanto, os gráficos demonstram que houve aumento nos casos de feminicídio, o que pode aduzir a incongruência nestes dados, haja vista que a diminuição de violência de gênero deveria ocasionar a diminuição das mortes dessas mulheres.

Assim, afirmar que houve uma diminuição da violência de gênero é um discurso falacioso, mediante as estatísticas da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Há na verdade uma desleal impressão da incidência do crime em epígrafe.

Diante do exposto, percebe-se a fragilidade das estatísticas criminais de violência doméstica, a sua incidência é muito maior do que de fato é quantificado e conhecido pelo poder público, o que impossibilita o enfrentamento da violência de gênero, perdurando a vulnerabilidade das mulheres que dela são vítimas. A importância da denúncia não é meramente para um dado, mas para que a segurança pública, dever do Estado, seja eficaz na proteção das mulheres.

A principal ação do Estado diante da agrura evidenciada deve ser a divulgação de quais são os tipos de violência doméstica e principalmente as ferramentas que as vítimas podem utilizar para se desvencilhar da violência de gênero, fazer com que essas mulheres ao serem tuteladas pelo poder público se sintam de fato protegidas, que consigam se enxergar como vítimas de uma violência e que possam ser livres e ter o direito sobre o próprio corpo.

O Estado tem conhecimento que os crimes não são todos quantificados e deve mudar a sua conduta, analisando a melhor forma de desconstruir essa realidade de modo a abranger o maior número de mulheres vítimas dessa violência. O dever do Poder Público é instruir a sociedade, transformando a visão deturpada de que a violência doméstica não é problema público, mostrando que as mulheres

merecem o respeito e atenção do Estado, para dirimir os crimes invisíveis, a cifra negra e ter efetividade nas ações de prevenção e erradicação da violência de gênero.

Para melhorar a efetividade das suas políticas públicas frente as estatísticas criminais, é preciso ir além, investir não somente na repressão, mas também na capacitação das mulheres e inserção no mercado de trabalho, assisti-las psicologicamente, e educar também o agressor que, assim como as mulheres, têm a cultura machista enraizada, foram ensinados, presenciaram e de forma errônea reproduzem a violência de gênero. O verdadeiro enfrentamento da violência doméstica não é posterior ao fato, mas instruindo melhor a sociedade a qual são responsáveis e fazem parte.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor; INDIO, Cristina. **Taxa de desemprego cai no país e fecha 2019 em 11,9%**: Índice é inferior ao de 2018, que encerrou o ano em 12,3%. Empresa Brasil de Comunicação. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2019-em-119>. Acesso em 04.out.2023.

AVELINO, Victor Pereira; BARBOSA, Ycarim Melgaço. **Entraves à implementação da política de enfrentamento à violência contra mulheres**: um problema de governança pública. Oikos: Família e Sociedade em Debate, v. 31, n. 1, p.57-75, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/9933>. Acesso em: 21.out.2023.

AZEVEDO, Ana Luísa Vieira de; RICCIO, Vicente; RUEDIGER, Marco Aurélio. **A utilização das estatísticas criminais no planejamento da ação policial**: cultura e contexto organizacional como elementos centrais à sua compreensão. Ci. Inf., Brasília, DF, v. 40 n. 1, p.9-21, jan./abr., 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/VrGbrXwwf3V7GBxC9FBWqpQ/?format=pdf>. Acesso em: 22.out.2023.

BALBINO, Ana Paula Lamego; VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; PAZ, Thais Lages. Vida de risco: **Análise de fatores de risco da violência interpessoal nas relações de gênero**. In: BALBINO, Ana Paula Lamego; VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Escrita de Mulheres: pensamentos críticos interdisciplinares. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.

BERROCOZO, Rafaela Carolina Tonetto. **Fatores desencadeantes da violência contra mulher e suas consequências no âmbito biopsicossocial**. 2019. 10 f. Ciências Biológicas e Saúde. Faculdade de Dracena. São Paulo. Disponível em: <https://www.conic-semesp.org.br/anais/files/2019/trabalho-1000003447.pdf>. Acesso em: 27.set.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04.set.2023.

BRASIL. **Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04.set.2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 06.ago.2023.

BRASIL. Rede de Assistência e Proteção Social. **Denunciar violação de direitos humanos**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>. Acesso em: 27.set.2023.

BRASILIA. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. **Portfólio**: Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/copy_of_acervo/outras-referencias/copy2_of_entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres Acesso em: 4 set. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO, Nuno Vieira de. **As estatísticas criminais e os crimes invisíveis**. Portal dos psicólogos, Lisboa, Portugal p. 1-24, 2006. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0272.pdf>. Acesso em: 17.out.2023.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias e Conversas de Mulher**. São Paulo: Planeta, 2013. Disponível em: <http://lelivros.black/book/download-historias-e-conversas-de-mulher-mary-del-priore-em-epub-mobi-e-pdf/> Acesso em: 26.ago.2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DISTRITO FEDERAL. **Dicas de Saúde Mental - GESM**. A Violência Doméstica em Tempos de Pandemia. 2020. Disponível em: <https://www.sejus.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2021/01/violencia-domestica-em-tempos-de-pandemia.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 26 ago. 2023.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; SOUZA, Raquel Ferreira. **Entendendo a Violência Doméstica Contra a Mulher**: sob o enfoque da lei Maria da Penha. Belo Horizonte: Editora Expert, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial**: volume único. 8.ed. Salvador: JusPodvm, 2020.

MINAS GERAIS. **Governo de Minas Gerais fortalece políticas públicas voltadas para a mulher**. 2018. Disponível em: <https://acervodenoticias.educacao.mg.gov.br/politica-de-privacidade/story/9576-governo-de-minas-gerais-fortalece-politicas-publicas-voltadas-para-a-mulher>. Acesso em: 27 set. 2023.

MINASGERAIS. **Prevenção Social à Criminalidade**: A experiência de Minas Gerais. 2009. Disponível em: <http://www.institutoelo.org.br/site/files/arquivos/658ac7a521cdb2312bf50e94720138cc.pdf>. Acesso em: 27.abr.2023.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **70% das mulheres vítimas de feminicídio nunca denunciaram agressões**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/70-das-mulheres-vitimas-de-feminicidio-nunca-denunciaram-agressoes#:~:text=%22Cerca%20de%20>

70%25%20das%20mulheres,problema%22%2C%20ressaltou%20a%20secret%20C3%A1ria. Acesso em: 27.set.2023.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **Entre 2019 e 2022, o Governo Federal investiu mais de 21 milhões em ações pelas famílias do Brasil.** 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/entre-2019-e-2022-o-governo-federal-investiu-mais-de-21-milhoes-em-acoes-pelas-familias-do-brasil>. Acesso em: 22.set.2023.

MORAES, Márcio Oliveira de. **A importância da produção de indicadores e da análise criminal para subsidiar as políticas públicas de segurança.** 2016. 27 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Segurança Pública, Universidade Vila Velha - UVV-ES, Vila Velha, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uvv.br/bitstream/123456789/734/1/DISSERTA%20C3%87%20C3%83O%20FINAL%20DE%20M%20C3%81RCIO%20OLIVEIRA%20DE%20MORAES.pdf>. Acesso em: 26.ago.2023.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Estatísticas criminais e segurança. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6481, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89251>. Acesso em: 27 abr. 2023.

POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. **Feminicídio:** Painéis da PCMG. Superintendência de Informações e Inteligência Policial. 2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZDc4NThiZTMtYzhkMC00ZiYlWFJmNzBMDNlOCj9>. Acesso em: 19 out. 2023.

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. **Importância da análise criminal/polícia militar com você 23.05.2017.** Belo Horizonte: PMMG. 2017. 1 vídeo (29 min). Publicado pelo canal TV PMMG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3hzO15h3Y8M&t=460s>. Acesso em: 26.abr.2023.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. 3.ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração-UFSC, 2014.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SABADELL, Ana Lucia; BODELÓN, Encarna. *In*: MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio**: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: GZ editora, 2016.

SABADELL, Ana Lucia; PAIVA, Livia de Meira Lima Paiva; CERETTI; Adolfo. **Políticas Públicas e enfrentamento da Violência Contra a Mulher**: o papel do judiciário e da universidade no século XXI. p. 229-254. *In*: BALBINO, Ana Paula Lamego; VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Escrita de Mulheres: pensamentos críticos interdisciplinares. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.

SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL – SEDESE. **Romeu Zema promulga lei que beneficia mulheres em situação de violência doméstica**. 2022. Disponível em: <https://social.mg.gov.br/noticias-artigos/1808-romeu-zema-promulga-lei-que-beneficia-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica>. Acesso em: 27.set.2023.

SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA - SEJUSP. **CINDS – Centro Integrado de Informações de Defesa Social**.2008. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/sobre/institucional/apresentacao>. Acesso em 28.mar.2023.

SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA - SEJUSP. **Portfólio**: Política de Prevenção Social à Criminalidade de Minas Gerais. Belo Horizonte: SEJUSP, 2021. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/images/2021/Abril/Portflio-PrevencaoSocial-Criminalidade-2021.pdf>. Acesso em: 06.ago.2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Acórdão 1663969**. Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Câmara Criminal, data de julgamento: 8/2/2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/sujeitos-e-requisitos/sujeitos/transexual-feminina-como-sujeito-passivo>. Acesso em: 30.ago.2023.

DAS ABUSIVIDADES PRATICADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

João Luiz de Melo Bandeira²³

RESUMO:

Via de regra, os contratos bancários apresentam-se como verdadeiros contratos de adesão, sendo praticamente inexistente a possibilidade de que o contratante discuta a inserção, a retirada ou a legalidade das cláusulas contidas nos instrumentos de contrato a serem pactuados. Estando, normalmente, em circunstâncias de vulnerabilidade financeira, cabe aos contratantes apenas se submeterem aos termos das propostas apresentadas pelas Instituições Financeiras caso tenham a real intenção de ver o crédito liberado. Os “termos propostos”, geralmente, são eivados de cláusulas e encargos abusivos.

Palavras-Chave: Abusividade; Instituições Financeiras; Código de Defesa do Consumidor; Direito Bancário.

INTRODUÇÃO

No Renascimento, quando as moedas surgiram, e o processo pelo qual valores e produtos tornaram-se consumíveis por toda a sociedade com mais frequência, notou-se a necessidade de se criar instituições que fossem capazes de manter o capital em depósitos seguros.

Ainda no século VI A.C, no mundo greco-romano especificamente, já eram realizadas algumas práticas bancárias, que hoje são utilizadas no banco moderno, como por exemplo depósitos de moedas, empréstimos com juros e entre outros.

Tempos depois, na Itália, em meados do século XV, os serviços financeiros essenciais de fornecimento de crédito saíram do gueto para se tornar um privilégio legítimo dos bancos. Essa transição foi

²³ Advogado. E-mail: joaoluizbandeiraa@gmail.com

simbolizada pela ascensão de uma família que tinha como sobrenome “Midici”. Com sua ascensão, o crédito ficou relativamente respeitável e o empréstimo de dinheiro deixou de ser vergonhoso, passando a ser glorioso.

Os membros da família Medici eram conhecidos como banqueiros, isto porque, faziam negócios sentados em bancos (câmbio e empréstimos) atrás de mesas.

O fato é que em 150 (cento e cinquenta) anos, passando de geração para geração, os membros da Família Medici haviam se transformado de “agiotas de rua” para a maior força financeira da Europa, isto por conta do Sr. Giovanni di Bicci de Medici, que tinha o desejo de tornar o trabalho dos Medici legítimo, e conseguiu, pois, no ano de 1410, Giovanni di Bicci de Medici chegou a ter mais de 20 instituições financeiras espalhados por toda Europa.

Acontece que, com as guerras que sempre acompanhavam a Europa e o clarividente movimento à época em face da nobreza, prejudicou fortemente os negócios da Família Medici, que por consequência, vieram a falir anos depois. Não obstante, a família Medici foi quem de fato tornou original os bancos modernos, inclusive com participação política.

Já no Brasil, o comércio bancário surgiu no período colonial, especificadamente no ano 1808. O primeiro banco criado foi denominado de Banco do Brasil, mas que somente em 1851 teve seu estatuto aprovado.

Pelo surgimento do primeiro banco brasileiro, grandes números de empresas bancárias surgiram, principalmente a partir da publicação da lei nº 4.595 de 31/12/1964. Com publicação da mencionada lei, ficou devidamente implantado e legalizado as instituições financeiras privadas. No decorrer do tempo, as instituições privadas, e até mesmo as públicas, espalharam suas forças e contingenciaram um modelo operacional, que é de “arregalar os olhos”.

Não restam dúvidas, portanto, que se existem inúmeras instituições financeiras espalhadas pelo Brasil, não existe escassez de demanda. Se existe demanda e clientes suficientes para todas as

instituições financeiras, inegável também que existem lucros (e não são poucos).

Uma das formas das instituições financeiras lucrar com seus clientes é através de empréstimos bancários, inclusive, muitas vezes, com juros altos, cláusulas e taxas abusivas – e, mesmo sabendo da existência de eventuais abusividades, os consumidores não deixam de ser clientes, porque precisam das instituições financeiras para “sobreviver”.

Mesmo diante de situações abusivas, os consumidores, seja pessoa física ou pessoa jurídica, clientes das instituições financeiras, por precisarem de um recurso extra, seja para alavancar o caixa de sua empresa ou quitar dívidas, não deixam de solicitar empréstimos bancários.

Inobstante a isto, os números de solicitação de empréstimos são preocupantes, principalmente por saber que grandes desses contratos bancários, que autorizam os empréstimos bancários, são compostos por juros e taxas abusivas.

A abusividade praticada pelas instituições bancárias é algo corriqueiro, e que já vem acontecendo a bastante tempo no Brasil, o que fez com que o Poder Judiciário Brasileiro tivesse um trabalho mais árduo no combate das abusividades.

O Superior Tribunal de Justiça, por lógica, editou inúmeras súmulas que versam sobre o direito bancário, a fim de afastar a abusividade praticada pelos bancos em face dos consumidores (seus clientes), como por exemplo as Súmulas 176, 246, 247, 381, 382, 472, 530, 532, entre diversas outras.

Não obstante as diretrizes das súmulas editadas e do Código de Defesa do Consumidor, as Instituições Financeiras continuam utilizando cláusulas leoninas e encargos abusivos, que colocam os consumidores em extrema desvantagem na relação contratuais, consoante será visto à frente.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DA SÚMULA 176 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O SURGIMENTO DO CDI – CERTIFICADO DE DEPÓSITO INTERBANCÁRIO

É cediço que o Superior Tribunal de Justiça, conforme os ditames do art. 105 da Constituição Federal, é o órgão jurisdicional no qual incumbe o abalizamento da aplicação das normas infraconstitucionais, notadamente no que tange às leis federais. No exercício dessa função, a Corte pode editar súmulas que representem suas reiteradas decisões sobre a matéria, tendo por objetivo assentar controvérsias da interpretação de determinadas normas (BRASIL, 1988)

Também não é fato desconhecido, para os juristas e para as Instituições Financeiras Brasileiras, o teor da Súmula nº 176, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, exarada em 1996, que verbera: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor a taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1996).

Isto dito, ver-se, da análise do excerto acima, que fora estabelecido que a cláusula contratual sujeita ao devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP será nula, independentemente do tipo de contrato e da relação jurídica firmada (entendimento jurisprudencial). Essa é a inferência simples. Entretanto, carece levar o intérprete à análise mais apurada sobre o referido assentamento jurisprudencial, tendo em vista seu caráter amplo.

Inobstante ao seu verbete amplo, ocorre que o exame aprofundado em cotejo, com a razão de decidir a respeito do tema, torna inconteste a inaplicabilidade contratual de qualquer cláusula que verse sobre taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP, culminando, portanto, no reconhecimento da ilegalidade da indexação do CDI nas Cédulas de Crédito Bancário.

A edição da súmula nº 176 do STJ, cujo verbete restou acima transcrito, visou – como qualquer outra súmula – conferir interpretação homogênea à determinada matéria constitucional veiculada em dispositivo normativo positivado.

O dispositivo normativo em questão é o art. 115 do Código Civil de 1916, *in verbis*: “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes” (BRASIL, 1916).

É mais especificamente, a parte final do excerto, “*ou o sujeitaram ao arbítrio de uma das partes*”, que fora objeto de discussão quando da edição da supramencionada súmula nº 176. Discutiu-se a eventual violação de taxas de juros sujeitas ao arbítrio de uma das partes, inserindo, no âmbito daquelas que seriam defesas, as taxas divulgadas pela ANBID e aquelas publicitadas pela CETIP.

A título de explicação introdutiva, a taxa ANBID era divulgada pela Associação Brasileira de Bancos de Investimento e Desenvolvimento (ANBID), e a coleta e forma de cálculo incumbiam a esta, no atendimento dos seus próprios interesses. Sendo óbvio que se uma associação representativa de bancos tinha ingerência quanto à forma de cálculo dos juros que iriam indexar os contratos de mútuo, firmados pelas instituições financeiras, isso configuraria condição sujeita ao arbítrio de uma das partes.

Imperioso rememorar, ainda, que a súmula teve sua edição em 1996, isto é, antes do advento do Código Civil de 2002. O novo diploma, todavia, manteve, em seu art. 122, redação bastante similar ao dispositivo normativo federal ventilado, senão vejamos:

São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. (BRASIL, 2002)

Pelo bem da verdade, se o texto do antigo diploma já vislumbrava a proibição às taxas divulgadas pela CETIP, quicá o atual *lex processualis*.

É, com base no referido artigo 115 do Código Civil de 1973 (novo artigo 122 do Código Civil de 2002), que a Súmula foi editada,

pois, como será demonstrado nesta monografia, os votos para edição da Súmula só concretizaram que, a apuração do CDI – Certificado de Depósito Interbancário, se sujeita ao arbítrio de uma das partes, que no caso são as instituições financeiras, sendo, portanto, totalmente ilegal a aplicação para eventual atualização contratual.

Para que fique ainda mais cristalino o entendimento da inaplicabilidade contratual de qualquer cláusula que verse sobre taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP, se faz necessário enfatizar o surgimento da Associação Brasileira de Bancos de Investimento e Desenvolvimento e o cálculo para apuração do CDI.

Assim, para compreender as circunstâncias fáticas da edição da súmula nº 176 do STJ, é necessário ter a efetiva compreensão não somente da proibição de condicionamento de taxa de maneira unilateral (defeso pelo art. 115 do CC/1916, mencionado no subtópico anterior), como do que constituem os institutos da ANBID e da CETIP.

Frise-se, por curial, primeiramente, que a redação da jurisprudência sumulada foi totalmente feliz ao vedar, em contratos, a taxa de juros “divulgada pela ANBID/CETIP”, e, em segundo plano, que a utilização conjunta dos termos separados por uma barra, apenas confirma o liame entre as duas entidades.

Com efeito, a Associação Nacional dos Bancos de Investimentos e Desenvolvimento (ANBID), foi uma associação de classe representativa das instituições financeiras que operam no mercado de capitais. Em 2009, passou a atuar sob a estrutura da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA), mantendo-se como representante de mais de 340 (trezentos e quarenta) associados, sendo exatamente as instituições financeiras, bancos múltiplos e de investimentos.

As taxas fixadas pela ANBID (atualmente denominada taxa ANBIMA), são aferidas por metodologia própria da instituição, que pode alterar a forma de cálculo ao seu critério, anunciando quais as operações financeiras são abarcadas pelo cálculo. Nesse sentido, foram utilizadas para indexar os juros de diversos contratos na década de 90 em diante, firmados entre instituições financeiras e mutuários.

Logo, não se pode negar que a sujeição do devedor à taxa de juros fixada pela ANBID – que representa as instituições financeiras beneficiadas com a flutuação positiva do índice – viola frontalmente o disposto no art. 115 do Código Civil de 1916, bem como o art. 122 do atual diploma civilista. Afinal, se a ANBID poderia eleger a forma de cálculo da taxa de juros, e se seus associados perceberiam quantias maiores em caso de aumento da aludida taxa, é óbvio que tal relação só penderia em detrimento do devedor, que estaria sujeito ao arbítrio de uma das partes.

Por outro lado, a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), foi criada em 1984 pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), com o objetivo de disponibilizar sistemas eletrônicos de custódia, registro de operações e liquidação financeira no mercado de títulos públicos e privados. Essas operações interfinanceiras eram formalizadas por meio de títulos emitidos por bancos como forma de captação ou aplicação de recursos excedentes, conhecidos usualmente por Certificados de Depósitos Interbancários (CDI).

O CDI – Certificado dos Depósitos Interbancários, é o título que representa o custo médio de captação da moeda entre os bancos, ou seja, é o indexador das operações em que uma instituição financeira com déficit de caixa recorre a outra com sobra de recursos, suprindo, dessa forma desajustes de liquidez do mercado financeiro. A taxa do CDI – Certificados dos Depósitos Interbancários, aglutina, de uma só vez, a correção monetária e os juros remuneratórios em sua composição, cuja certificação e divulgação compete diariamente pela Câmara de Custódia e Liquidação – CETIP.

Pois bem. Descrito a respeito do histórico da ANBID/CETIP, bem como fixado o entendimento a respeito do CDI, ressalta-se que o principal fundamento, citado em todos os precedentes (AgRg no Ag 47.011-SC, AgRg no Ag 54.132-SC, AgRg no Ag 68.529-RS, REsp 28.599-MG, REsp 44.847-SC, REsp 46.746-SC, REsp 50.478-SC, REsp 56.154-RS, REsp 57.731-SC, REsp 60.678-RS, REsp 92.868-RS e REsp 95.537-RJ), para o Superior Tribunal de Justiça editar a Súmula 176, foi o fato de que as taxas divulgadas pela ANBID e CETIP é voltada ao

interesse das próprias instituições financeiras, indo em desencontro ao já mencionado art. 115 do Código Civil de 1916 (após a vigência do Código Civil de 2002, o referido texto foi transcrito com pouquíssimas alterações para o art. 122 do CC).

Nesse mesmo sentido, Márcio Mello Casado assevera:

É abusiva a utilização de indexadores que não representam a verdadeira perda de poder aquisitivo da moeda, visto que, além de corrigir, remuneram o dinheiro, sem que isso seja informado aos clientes... São eles: TR, TBF, TJLP, Anbid, CDI, Andima, CDB... A Anbid e seus assemelhados (CDI, Andima, CDB, CDI), por serem aferidos de forma cartelizada, são absolutamente nulos, tanto é assim que foi editado o enunciado 176 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: 'É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP (CASADO, 2000, p. 160).

Ou seja, a orientação cristalizada na Súmula nº 176/STJ, estava largamente amparada no entendimento de que as taxas divulgadas pela ANBID e CETIP, são calculadas por entidades voltadas à defesa dos interesses das instituições financeiras, indo, à época, em desencontro com o art. 115 do Código Civil de 1916 e hoje ao art. 122 do Código Civil.

1.1 INAPLICABILIDADE DO CDI EM CONTRATOS BANCÁRIOS

Conforme outra mencionado, todo banco deve fechar o dia com saldo positivo – ou seja, com mais dinheiro entrando via depósito do que saindo via saque, empréstimos ou crédito. Quando isso não acontece, o banco precisa solicitar um empréstimo a outro banco para fechar o dia com saldo positivo.

Esse título de empréstimo emitido pelo banco é chamado de Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e precisa ser pago pelo

banco solicitante em até 24 horas da concretização, sendo considerado, portanto, empréstimo de curto prazo.

É, a partir dos empréstimos entre os bancos, que é divulgado o CDI, sendo calculado, diariamente, com base nos empréstimos entre os bancos, levando em consideração a quantidade de operações feitas no dia.

Apesar da fusão com a B3 – Brasil, Bolsa, Balcão, a CETIP ainda exerce todas as suas atividades, sendo a responsável pelo cálculo e divulgação da taxa CDI. Tal fato pode ser comprovado nos trechos do artigo de autoria do economista de Tiago Reis, proprietário da “Suno Research” – casa de análise do mercado financeiro:

É importante ressaltar, no entanto, que apesar da fusão, a CETIP manteve todas as suas atividades. (...) CETIP atua, ainda, como responsável por calcular a taxa DI CETIP, amplamente conhecida no mercado como CDI ou índice DI. (REIS, 2017).

Ainda no referido artigo:

Em geral a taxa DI acompanha de perto a [taxa] básica de juros da economia, taxa Selic. Porém, ao contrário da Selic que é definida pelo Banco Central, o índice DI é resultado de operações de empréstimo entre bancos.

A taxa DI, por fim, é o resultado da média das taxas de juros dos CDIs com prazo de um dia. Dessa forma, ela é a remuneração média paga pelos bancos tomadores de empréstimo aos bancos credores. Como os empréstimos entre as instituições bancárias, essenciais para garantir a liquidez do sistema financeiro, são gerenciados pela CETIP, a instituição é a responsável por mensurar e a divulgar todos os dias a taxa de juros desses empréstimos para todo o mercado. (REIS, 2017).

Portanto, percebe-se que a variação do CDI será de acordo com a taxa média dos empréstimos realizados entre os próprios bancos. Ressalta-se: apenas os bancos podem fazer com que haja uma variação na taxa CDI, tendo em vista que a taxa oscilará de acordo com os empréstimos diários.

Entende-se, deste modo, que se existir a necessidade diária de bancos recorrem a outros bancos solicitando empréstimos vultuosos – a fim de finalizar o dia com saldo positivo, a taxa CDI se elevará. Por outro lado, caso os bancos não necessitem de empréstimos, o CDI ficará estagnado ou cairá. Ou seja, o índice não é livremente fixado pelas instituições bancárias, mas é cotado a partir de seus próprios empréstimos.

Indo por esta linha de raciocínio, nota-se que o consumidor está, mais uma vez, de mãos atadas face aos grandes bancos, visto que apenas as instituições bancárias, a partir dos empréstimos realizados, obtém, em conjunto, o poder de variação da taxa CDI.

A respeito do cálculo e divulgação do CDI pela CETIP, vale ressaltar trecho do voto do Ministro Waldemar Zveiter no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 54.132-SC (94.0021110-4):

Relativamente aos encargos financeiros às taxas ANBID/CETIP, é notória a complexidade de seu cálculo. Sua utilização, embora reservada para os casos de inadimplemento, será feita, conforme consta da alínea a à taxa média que reflita o custo financeiro de captação, na modalidade mais negociada do mercado – pré-fixado ou pós-fixado - divulgada pela Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento - ANBID ou pela Central de Liquidação e Custódia de Títulos Privados - CETIP (taxa média de CDB, nessa ordem de preferência, inclusive variação positiva do indexador a que estiver associada, caso adotada a modalidade pós fixada), acrescida de sobretaxa conforme a seguinte cláusula: $I = (1 + A/100 \times (1 + S/100 - 1)) \times 100$, onde I = Taxa mensal (mês comercial) unificada, na forma percentual,

em 3 (três) casas decimais; A = Taxa mensal (mês comercial) na forma percentual, com vigência até o próximo reajuste - que se dará nos prazos previstos a seguir -, equivalente a maior entre as taxas médias de captação (pré-fixadas ou pós-fixadas), divulgadas nos quinze dias úteis que antecederam à data do início de sua vigência; S = sobretaxa de 4,000% (quatro por cento) ao mês, na forma percentual. Além disso, “a taxa A será reajustada a cada período de trinta dias, caso adotada a modalidade pré-fixada, e a cada período de 90 dias, caso adotada a modalidade pós-fixada, ou em outro prazo que o Banco Central do Brasil vier a definir como mínimo para a captação em cada uma dessas modalidades ...”. Dispõe-se, ainda, na alínea b, que “caso não seja possível a aplicação dos encargos previstos na alínea a, será cobrada - a critério do Banco, a maior taxa de captação praticada pelo Banco, ou qualquer outra taxa média de captação, cuja série seja de conhecimento público e divulgada regularmente - na modalidade mais conhecida do mercado, pré fixada ou pós fixada”. Finalmente, na alínea c, diz-se que os “encargos financeiros definidos nas alíneas a e b anteriores serão calculados pelo método hamburguês e debitados no último dia de cada mês e na liquidação da dívida, esclarecido que os juros serão calculados sobre o capital previamente corrigido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1995).

Diante da complexidade do cálculo para divulgação da taxa CDI, o r. Ministro chegou à seguinte conclusão:

Não se alegue que se trata de ato jurídico perfeito e assim sob a proteção do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, porque cláusula constante de contrato de adesão, em que a vontade do aderente se reduz ao mínimo, sendo lhe dada apenas a alternativa de aceitar globalmente a oferta ou recusá-la sem discussão (Antônio Chaves, Tratado de Direito

Civil, 1984, p. 380) e art. 54, do Código de Defesa do Consumidor, podendo-se afirmar que tal cláusula, nos termos em que formulada, não atende aos requisitos de clareza, por forma a facilitar sua compreensão, pelo consumidor, como exigido pelo par. 3º do art. 54, do mesmo Código. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1995).

Fica, desta forma, clarividente que a aplicação do CDI – Certificado de Depósito Interbancário - em contratos bancários é abusivo, perante o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a taxa é calculada com base em movimentações efetuadas pelas instituições financeiras brasileiras.

2. OUTROS ENCARGOS ABUSIVOS COBRADOS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS

Via de regra, os contratos bancários apresentam-se como verdadeiros contratos de adesão, sendo praticamente inexistente a possibilidade de que o contratante discuta a inserção, a retirada ou a legalidade das cláusulas contidas nos instrumentos de contrato. Estando, normalmente, em circunstâncias de vulnerabilidade financeira, cabe aos contratantes apenas se submeterem aos termos das propostas apresentadas pelas Instituições Financeiras caso tenham a real intenção de ver o crédito liberado.

Sobre o tema, bastante pertinentes são as anotações feitas pelo renomado comercialista Dr. Fábio Ulhôa Coelho:

[...] Se alguém necessita de dinheiro para realizar urgente reforma em sua casa e procura o banco de que é cliente para obter financiamento, certamente não terá chances de discutir as condições das poucas linhas de crédito que lhe serão oferecidas. Os juros, as taxas, a necessidade de garantia real, a equação entre o valor emprestado e o bem onerado atendem

aos critérios gerais preestabelecidos pelo banco. (COELHO, 2019).

Ainda sobre a questão, o citado doutrinador esclarece quais seriam as “opções” disponíveis àqueles que se encontram na posição de deficitários financeiros, e se veem diante dos termos disponibilizados pelos bancos para a liberação de recursos:

[...] Ao interessado no mútuo abrem-se duas alternativas somente: aceitá-los para celebrar o contrato OU NÃO CONTRATAR. O banco (leia-se agência) não dispõe sequer de meios para considerar eventual contraproposta, em função dos custos em que incorreria ao mobilizar seus quadros técnicos de economistas e advogados no exame da alternativa apresentada pelo cliente. (COELHO, 2019).

Como se vê, ainda que eventuais nulidades tivessem sido identificadas no início da relação creditícia, não se visualiza a possibilidade de ter sido aberta qualquer discussão entre as partes (Instituição Financeira e o Consumidor), sobre a existência de cobranças abusivas na avença, já que tal postura acarretaria, por óbvio, a não liberação das verbas.

Em segundo lugar, é remansoso o entendimento de que cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, não sendo passíveis de convalidação em virtude do decurso do tempo. Em outras palavras, havendo a identificação de termos específicos que maculam os pactos desde a sua origem, é indubitável que os efeitos decorrentes de tais ajustes devam ser neutralizados e revertidos para *status quo* anterior, na medida da possibilidade real de reversão.

Logo, tendo em mente que a declaração de nulidade de cláusulas é passível de extirpá-las do contrato e, via de consequência, do mundo jurídico desde a sua “concepção”, resta inquestionável que tais avenças podem e devem ser discutidas judicialmente a qualquer momento,

desde que não alcançadas pela via extintiva da prescrição ou da decadência.

Os artigos 112 e 113 do Código Civil, determinam que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a intenção das partes, a boa-fé (leia-se a boa-fé objetiva) e os usos do lugar de sua celebração, afastando-se a interpretação literal da linguagem. Já o art. 422 do referido diploma legal prevê expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos contratos.

Em razão dos princípios da equidade e da boa-fé objetiva, o juiz poderá integrar o contrato, seja para reduzir prestação excessivamente onerosa, seja para rever o contrato, sempre atendendo às necessidades de ambas as partes.

Em sua obra “Bancos: Obstáculos ao Progresso”, Nicanor José Nogueira, tratou da relação entre as cláusulas abusivas e o princípio da boa-fé, nos seguintes termos:

O grande princípio justificador de rejeição às cláusulas abusivas é o da boa-fé, visto, atualmente, dentro de um parâmetro objetivo. Já a regra da boa-fé objetiva implica uma série de efeitos, que podem ser esquematicamente resumidos: a) no contrato corretivo do direito estrito; b) no enriquecimento do conteúdo da relação obrigacional; e c) na negação em face do postulado da outra parte. Todos esses efeitos se produzem a partir de critérios objetivos e não baseados na subjetividade do intérprete e do aplicador da lei. Com a objetividade do princípio busca-se afirmar os valores éticos, sociais, econômicos que vão preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé e que são apanhados pelo aplicador/intérprete no que pode ser constatado na sociedade. Busca-se o conteúdo nos conteúdos dos tráficos jurídicos, ou no critério do homem médio (*diligens pater familias*), ou na diligência razoável dentro de uma dada sociedade. (NOGUEIRA, 2001).

É importante que se tenha presente a noção de boa-fé dentro de critérios objetivos. Procurando a boa-fé nas intenções subjetivas dos contratantes, entraríamos no campo da moral interna, local onde estão localizados sentimentos de difícil medida e constatação por terceiros.

Além disso, é incompreensível a mensuração da boa-fé objetiva dentro de contratos bancários de adesão, impessoais e aplicáveis em massa, onde a instituição financeira não tem tempo para conflitos morais internos. Todavia, geralmente, agindo de forma abusiva, o banco atua de má-fé, objetivamente falando, pois, se de boa-fé conduzisse suas ações, não se prevaleceria de uma determinada situação fática que o colocasse em superioridade flagrante frente a outra parte.

Portanto, necessário se faz, também, trazer à baila outros encargos abusivos cobrados pelas instituições financeiras nos contratos bancários, como, por exemplo, TAC (Tarifa de Abertura de Crédito), TEC (Tarifa de Emissão de Carnê), a Comissão de Permanência ou mesmo juros abusivos.

2.1 TAC (TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO) E TEC (TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ)

A tarifa de abertura de crédito e tarifa de emissão de carnê, apesar de serem abusivas, quase sempre são cobradas nos contratos bancários de acordo com o valor do crédito a ser disponibilizado pela instituição financeira ou da quantidade de carnês.

A respeito do tema, decidiu a Ministra Maria Isabel Gallotti:

A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida,

portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

Outrossim, o Art, 1º da Lei Estadual de nº 4689/2012, em vigência no estado de Pernambuco, dispõe o seguinte:

Fica vedada a cobrança de taxas de abertura de crédito, taxas de abertura ou confecção de cadastros ou quaisquer outras tarifas, implícitas ou explícitas, de qualquer nomenclatura, que caracterizem despesas acessórias ao consumidor na compra de bens móveis, imóveis e semoventes no âmbito do Estado de Pernambuco. (PERNAMBUCO, 2012, grifo nosso).

Ademais, a ilegalidade de tais cobranças já foi consolidada, como pode ser visto em decisões recentes proferidas pelo STJ, nos Recursos Especiais de nº 1.255.573 e 1.251.331.

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - REEXAME DA QUESTÃO JULGADA - INCISO II DO § 7º DO ARTIGO 543-C, CPC - LEI DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP. N. 1.255.573-RS) - POSICIONAMENTO REVISTO - POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA TAC E TEC NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 30.04.2008 - ABUSIVIDADE DAS TARIFAS NOS CONTRATOS CELEBRADOS APÓS 30.04.2008 - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM OS TERMOS DO JULGADO PARADIGMA - JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO - RECURSO DA FINANCEIRA PROVIDO. Posicionamento revisto

diante do julgamento do Recurso Repetitivo (STJ, REsp. n. 1.255.573-RS), para afastar a abusividade da cobrança da TAC e TEC apenas nos contratos celebrados até 30.04.2008, sendo abusiva a cobrança dessas tarifas nos contratos celebrados após a data retro mencionada. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014).

Logo, não restam dúvidas que tais cobranças são abusivas. Todavia, há de ser ressaltado que a abusividade se encontra presente, tão somente, em casos que o contratante é pessoa física, não sendo considerado abusivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, quando o contrato é pessoa jurídica.

2.2 TAXA DE JUROS ACIMA DA TAXA MÉDIA DO MERCADO

Os juros remuneratórios, também chamados de compensatórios, são aqueles devidos ao credor com objetivo de remunerar o empréstimo do capital. Nas palavras de Nelson Nery (2008, p. 483): “são os interesses devidos como compensação pela utilização do capital alheio”. Logo, a remuneração da instituição financeira é composta por Taxa de juros mensais, bem como taxas anuais.

Pois bem, uma vez revogado o Art. 192 da Constituição Federal pela Súmula vinculante de nº 7, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre a abusividade de taxas de juros nos contratos dizendo ser possível a revisão desta desde que haja a indicação de abusividade.

Neste sentido:

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, nos contratos bancários, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, e de que não se pode aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, sendo necessária a demonstração, no caso

concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, grifo nosso).

É óbvio que os princípios do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratação devem ser observados e respeitados. Contudo, quando existe a comprovação do abuso por parte da instituição bancária, é certo que tal previsão contratual deve ser revista pelo respeitável Poder Judiciário. Neste sentido: “comprovação de abuso, configurado pela incidência de índices muito superiores às taxas médias praticadas pelo mercado financeiro” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, 2010).

O STJ, no seu mister de guardião da Lei Federal, bem como os demais tribunais pátrios, sedimentou uma jurisprudência no sentido de que os encargos dos contratos devem seguir uma congruência, e na ausência dessa, poderão ser revistos para que fiquem consentâneos com as taxas médias praticadas pelo mercado financeiro para as mesmas operações. Nestes termos são os precedentes recentes:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. ABUSIVIDADE. TAXA MÉDIA DE MERCADO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. DATA DA CONTRATAÇÃO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 e 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. “É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

Deve ser lembrado ainda que o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, perfeitamente aplicável na relação em discussão na presente demanda, dispõe que:

São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (BRASIL, 1990)

Logo, os juros abusivos são facilmente aplicados perante os consumidores em contratos bancários, tendo em vista que não é amplamente divulgado a taxa média do mercado, a fim de perceber que os juros que estão sendo pactuados são abusivos.

2.3 COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS

A cobrança de comissão de permanência cumulada com juros, é praticada pelas instituições bancárias durante o período de inadimplemento contratual, cumulativamente com os juros moratórios e com a correção monetária da Taxa Referencial, implicando em injustificável *bis in idem*, por conterem verbas da mesma natureza. Nesse sentido é a jurisprudência:

APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - JUROS REMUNERATÓRIOS, CAPITALIZADOS OU NÃO - INEXISTÊNCIA - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CUMULAÇÃO COM JUROS REMUNERATÓRIOS, JUROS MORATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA E/OU MULTA - ILEGALIDADE - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - REQUISITOS. 1. Não há, no contrato de

arrendamento mercantil, que não envolve concessão de financiamento, cobrança de juros remuneratórios, capitalizados ou não, mas apenas estipulação devida pelo arrendatário, como contraprestação pela locação do bem. 2. É admitida a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, vedada sua cumulação com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual, e limitada a sua cobrança à soma dos mencionados encargos contratuais. 3. A devolução em dobro de quantia indevidamente paga pressupõe a má-fé do credor, caracterizada pela sua deliberada intenção de efetuar a cobrança de forma ilícita. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2017). Diante de economia inflacionária, a correção monetária pura é um “plus” aditado ao capital principal investido, cuja única finalidade é evitar um “minus” consistente na perda do poder aquisitivo nominal da moeda circulante, tendo natureza jurídica e econômica distinta e inconfundível com a dos juros - componente estrutural externo remuneratório do capital principal -, sendo vedada a sua indexação na TR/D, TBF, TBC, taxa ANBID/CETIP, variação cambial ou qualquer outro índice remuneratório-financeiro, que contém internamente um componente estrutural de remuneração financeira. Assim, por conter componente remuneratório-financeiro interno, é nula a cláusula contratual que adota a TR/D, ou qualquer outro índice remuneratório-financeiro, como indexador de correção monetária pura do capital investido, pois configura espécie de anatocismo interno no cálculo estrutural das obrigações pecuniárias derivadas de negócios jurídicos, ao qual se agrega o tradicional anatocismo externo que resulta da sobreposição de juros sobre juros. Em consequência, independentemente do “nomem juris” que se lhe dê funcionalmente no contrato e antes mesmo de configurar uma ilicitude contratual por excesso de onerosidade, a cláusula de

correção monetária (impura) assim materialmente composta caracteriza uma ilicitude civil absoluta resultante de capitalização anatocista interna e externa juridicamente desautorizada, repercutindo acima e contra o princípio da reserva legal no pagamento periódico das obrigações pecuniárias avençadas, ensejando o enriquecimento ilícito do pretense credor e o simultâneo empobrecimento sem causa do devedor. CORREÇÃO MONETÁRIA E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. A Súmula nº 30 do STJ veda a acumulação de correção monetária com comissão de permanência. Sem prejuízo, também é nula, em face de ilicitude civil e abusividade negocial, a cláusula contratual que estipula a cobrança de comissão de permanência edificada sobre indexador impuro de correção monetária, cuja composição estrutural interna contém componente remunera configura a incidência de juros nominais sobre juros inominados embutidos, caracterizando espécie de anatocismo interno no cálculo estrutural das obrigações pecuniárias, a exemplo da TR/D ou qualquer outro índice remuneratório-financeiro. Caracterizada, a “mora accipiendi” isenta o devedor do pagamento de obrigação renegada pelo credor, em consequência não podendo ser julgada procedente demanda reintegratória movida por este último contra o primeiro. Os encargos moratórios restam mantidos, entretanto, em razão da falta de recurso nesse sentido. COMPENSAÇÃO JUDICIALIZADA. Independentemente da natureza e escopo da demanda de cognição ajuizada, nela configurando-se a possibilidade de liquidação, presente ou futura, de débitos recíprocos entre os litigantes, a compensação judicializada é imperativo decorrente do princípio de economia processual. Apelo improvido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Corroborando com o tema, o STJ sumulou o entendimento acerca da impossibilidade de cumulação da comissão de permanência com juros de origem remuneratória, bem como com correção monetária. Veja-se:

A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1991).

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004).

Portanto, várias são as práticas abusivas praticadas pelas instituições financeiras, fazendo com que as parcelas dos contratos de empréstimos bancários se tornem excessivamente onerosas ao Credor e, por consequência, abusiva.

À vista disso, as instituições financeiras que costumam utilizar taxas consideradas abusivas, podem ter prejuízos eminentes em razão da aplicação do art. 940 do Código Civil (pagamento do que é cobrado indevidamente em dobro). Para isso, o Devedor precisa demonstrar a má-fé contratual, tendo em vista ser requisito obrigatório para aplicação do mencionado artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, ficou demonstrado que, além do CDI cumulado com outros encargos, as instituições financeiras utilizam outros encargos que também são considerados abusivos pelo Superior Tribunal de Justiça, como TAC – Tarifa de Abertura de Crédito, TEC – Tarifa de Emissão de Carnê, Comissão de Permanência e juros abusivos.

Isto é, se as instituições financeiras utilizam-se de cláusulas e taxas e abusivas em contrato bancários, onerando as parcelas

mensais dos contratos firmados, é correto afirmar que muitas vezes os consumidores, diante das vultuosas parcelas, ficam inadimplentes perante as instituições por culpa exclusiva das mesmas, tendo que ingressar perante o Poder Judiciário com Ação Revisional para rever as parcelas mensais.

Nota-se, facilmente, que as instituições financeiras agem de forma maliciosa a fim de aumentar seus imensos lucros, entretanto aproveitando-se da boa-fé dos contratantes. É exatamente por isso que é necessário um bom acompanhamento ao contratar um empréstimo bancário, haja vista que, às vezes, as dívidas se elevam para um patamar tão vultoso que se torna irreversível ao devedor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 25 abril. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abril. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 25 abril. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 set.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 25 abril. 2024.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

NERY, Nelson. **Código Civil Comentado**. 6.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Nicanor. **Bancos: Obstáculos ao Progresso**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PERNAMBUCO. **Lei Estadual nº 4689/2012**. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&o=&url=>. Acesso em: 24 maio 2020.

REIS, Thiago. **CETIP**: saiba o que é e como funciona esse sistema. 2017. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/cetip/>>. Acesso em: 24 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 30**. Brasília, DF: 1991. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5212/5337>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 54.132-SC. (94.0021110-4)**. 3ª Turma, Brasília, DF, 18 dez. 1995. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19992351/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-54132-sc-1994-0021110-4>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 176**. Brasília, DF: 1996. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2010_12_capSumula176.pdf>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 296**. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5212/5337>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.061.530/RS**. 2ª Turma, Brasília, DF, 10 mar. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865025079/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-are>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 789.257/RS**. 4ª Turma, Brasília, DF, 26 out. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17587291/>>

agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-stj/relatorio-e-voto-17675277>. Acesso em: 25 abril. 2024

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RESP 1255573/RS**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, Julgado em 28/08/2013, DJE 24/10/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=31%22>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1255573/RS**. 2ª Turma, Brasília, DF, 28 ago. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890537019/recurso-especial-resp-1255573-rs-2011-0118248-3>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 459160 MS 2014/0002072-4**. 4ª Turma, Brasília, DF, 27mar. 2014. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1197206801/apelacao-apl-3003741320168240074-tribunal-de-justica-de-santa-catarina-03003741320168240074>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 10027100021628002**. 15ª Câmara Cível, 14 julho 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478273557/apelacao-civel-ac-10027100021628002-mg>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Apelação Cível nº 652.080-3**. 14ª Câmara Cível, 15 dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/59317889/djpr-19-09-2013-pg-1160>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 598124121**. 14ª Câmara Cível, 11 mar. 2017 Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114439704/apelacao-civel-ac-70083422907-rs>>. Acesso em: 25 abril. 2024.

POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PARA CRIANÇA DEVOLVIDA DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

*Mayara Tayná Mendes Moraes²⁴
Vitória Rodrigues Pereira de Souza²⁵*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo possibilitar reflexões acerca da responsabilidade civil decorrente da devolução do adotando durante o estágio de convivência no processo de adoção. Este tema precisa ser analisado, tendo em vista a quantidade de devoluções que ocorrem, muitas vezes, após longos períodos de convivência com a família substituta e que, posteriormente, devolve a criança e/ou adolescente como se este fosse um objeto. Também merece destaque que o adotando traz consigo uma história permeada por rejeições, sofrimentos e que as devoluções só reforçam, aprofundam as marcas em sua vida. Por este motivo, é urgente a discussão sobre a consequência que esta atitude do adotante provoca no adotando, que jamais conseguirá ser reparado ao seu estado anterior, bem como não ignorar o dano causado ao mesmo. Para tanto, foi imprescindível analisar o instituto jurídico da adoção e sua evolução, os efeitos da devolução durante o período do estágio de convivência, conjuntamente com a responsabilidade civil em decorrência dessa devolução.

Palavras-Chave: Devolução; Etapa de Convivência na adoção; Responsabilidade Civil.

24 Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Focus. E-mail: mayaratmoraes@gmail.com

25 Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: vitoriarodrigues2021@gmail.com

INTRODUÇÃO

A adoção está prevista na Constituição Federal de 1988 (CF/88), dos artigos 226 ao 229, que tratam como direito fundamental uma proteção igualitária, integral e proibida qualquer tipo de discriminação aos filhos, seja qual for a origem dessa filiação. Ou seja, a filiação é um momento único de realização, uma forma de expressar o amor, independente de sua origem. Desse modo, não cabe abordar diferença do filho por adoção para o filho biológico, pois ambos são detentores dos mesmos direitos.

No que diz respeito à discriminação entre filhos, o artigo 226, §6º da CF/88 assegura o mesmo tratamento do filho por adoção em relação ao biológico, proíbe qualquer tipo de distinção, tendo como base o tratamento do adotado em sua família substituta em um ambiente que promova seu desenvolvimento de forma saudável, segura e digna.

Dentre os direitos assegurados no texto constitucional, destaca-se a convivência familiar, que só é possível a muitas crianças e adolescentes por meio da adoção, considerando que muitas não tiveram, em um primeiro momento, a oportunidade com suas famílias biológicas. Essas crianças adotadas passam a ter seus direitos concretamente assegurados ao fazerem parte de uma família substituta.

Adotar é uma escolha que decerto muda não só toda a família substituta, como também altera a história do adotado, tendo em vista tudo que este já passou anteriormente. Ressalte-se que, por mais que haja um acompanhamento psicológico com esta criança e/ou adolescente, a mesma já têm em sua vida a sensação da rejeição, abandono pela família biológica e devolvê-la é reiterar um momento de tristeza, feridas sendo reabertas por meio do segundo abandono.

Com o intuito de demonstrar a relevância do tema, o primeiro capítulo apresenta o instituto jurídico da adoção e sua evolução ao longo do tempo, em seguida, aborda-se a temática como marco na Constituição de 1988, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o tema na

atualidade. O terceiro capítulo apresenta o processo de adoção, bem como o estágio de convivência e os danos causados ao à criança e/ou adolescente devolvido. Por fim, o último capítulo se dedica a analisar a responsabilização em devolução do adotado, tendo em vista que o mesmo não acontece quando se trata de filho biológico.

Insta salientar que, no que se refere à devolução, há situações em que parecem mais desculpas infundadas ou superficiais por parte dos adotantes, que incita a reflexão de que não seria comparar um ser humano a um objeto em muito se assemelha ao contrato de venda a contento, pois o estágio de convivência têm se tornado, infelizmente, uma brecha para devolução após um lapso temporal daqueles adotantes que possuem a guarda provisória do adotado.

O presente trabalho possui natureza bibliográfica e utiliza o método científico indutivo por meio de bases bibliográficas, legislação e demais obras como base de estudo.

1. O INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Adotar não é algo novo, essa prática existe desde a antiguidade, sendo um dos institutos mais antigos de que se tem notícias.

A adoção era disciplinada minuciosamente no Código de Hamurabi (1728 – 1686 a.C) em oito artigos. Há, ainda, relatos bíblicos acerca da adoção, em que o mais conhecido é a história de Moisés, hebreu, adotado pela princesa egípcia, filha do Faraó. As crenças primitivas, em que se cultuava o fogo sagrado - antepassados que se tornavam deuses da família - tinham o filho adotado como verdadeiro, pois, como assevera Fustel de Coulanges (2006, p.31), “se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto”.

Na Roma antiga, os casais que tinham filhos naturais não poderiam adotar e, quando não se tinham filhos, a idade mínima para o adotante era 60 anos. Na idade média, a adoção caiu em desuso, sendo regulamentada somente com advento do Código Napoleônico (1804), que permitia a adoção por maiores de 50 anos. (VENOSA, 2019).

Silva (2017) elucida que, no século XIX, instaurou-se o sistema de lares adotivos, onde crianças eram deixadas em momentos nos quais suas famílias biológicas passavam por necessidades financeiras - o que não significava que elas poderiam ser adotadas. Pelo contrário, as crianças iam para lares temporários em troca de uma melhor condição de vida, estudos, alimentação e trabalho, mas permaneciam ligadas às famílias biológicas.

No Brasil, o instituto da adoção foi incorporado pelo direito português, por meio das Ordenações Filipinas, mais tarde, Manuêlinas e Afonsinas, mas era superficial e não regulamentava a transferência do pátrio poder ao adotante. Sobre esse período, as psicólogas Dutra e Maux relatam:

Era comum haver no interior da casa das pessoas abastadas filhos de terceiros, chamados filhos de criação. A situação no interior da família não era formalizada, servindo sua permanência como oportunidade de possuir mão de obra gratuita e, ao mesmo tempo, prestar auxílio aos mais necessitados, conforme pregava a Igreja (DUTRA; MAUX, 2010, p. 3).

Houve efetiva regulamentação do instituto no Código Civil de 1916, com caráter contratual, em que a adoção era feita por meio de escritura pública e sem interferência estatal. Somente pessoas com idade superior aos 50 anos poderiam adotar, desde que não houvesse prole legítima, o que enfatiza a ideia de que pretendia-se suprir os interesses e vontades do adotante e não da criança ou adolescente. Transferia-se o pátrio poder ao adotante e a adoção só poderia ser realizada por pessoas casadas.

Ainda que os avanços fossem grandes, percebe-se que havia discriminação em relação a esses filhos, que só teriam direito à herança se o adotante não tivesse filhos biológicos. Caso nascessem filhos após a adoção, o adotado só perceberia metade do quinhão a

que faria jus a filiação biológica. Tais dispositivos foram considerados inconstitucionais com advento da Constituição Federal de 1988.

As normas do Código Civil de 1916 foram alteradas pelo Código de Menores (Lei 3.113 de 1957) , que modificou a idade mínima dos adotantes (de 50 anos para 30 anos), a idade mínima entre adotante e adotado (de 18 anos para 16 anos) e permitiu a adoção por casais que já tivessem prole biológica. Porém, permaneceram resquícios da mencionada discriminação, já que os adotantes que viessem a ter filhos biológicos, após a adoção, poderiam afastar o adotado da sucessão legítima. “Esse preconceito odioso só caiu em 1977, por meio da Lei 6.515 (Lei do Divórcio). Depois de 61 anos, finalmente o adotivo passou a usufruir dos mesmos direitos do filho consanguíneo” (BARBOSA, 2010, p.1).

Em 1979, foi criado o novo Código de Menores (Lei 6.697/1979) que trouxe duas modalidades de adoção: a simples (voltada ao menor que se encontrava em situação irregular -“delinquente” ou “abandonado”), onde era necessária uma autorização judicial e apenas fazia uma alteração na certidão de nascimento, e a plena, em que se rompia com todo e qualquer vínculo com a família original. Só poderiam adotar na modalidade plena os casais casados há pelo menos cinco anos, devendo um dos cônjuges contar com mais de 30 anos de idade. Era irrevogável e destinada a menores de 7 anos (GONÇALVES, 2017).

Contudo, ainda mantinha-se a distinção entre filhos legítimos e adotados, que só deixou de existir quando a Constituição de 1988 entrou em vigor. De acordo com o artigo 227 os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção,” têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

2. A ADOÇÃO NA ATUALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece um marco no que se refere à adoção, pois diferentemente da primeira legislação a abordar a adoção no Brasil, que visava

proteger os adotantes, só se podia adotar aqueles que não tivessem filhos e ocorria por meio da escritura pública. Além disso, o texto constitucional consagra os princípios da igualdade, da dignidade humana, solidariedade, afetividade, convivência familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade e maternidade responsáveis, consagra ainda o direito ao planejamento familiar e à filiação, democratizando e socializando a família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), ao contrário do Código de Menores, consagra que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não objetos de direito. Assim, consagra também a doutrina da proteção integral, defendendo que crianças e adolescentes possuem a condição de pessoa em desenvolvimento e por isso são titulares de direitos especiais porquanto necessitam de uma proteção igualmente especial.

No que se refere à ideia de não caber distinção entre os filhos, é oportuno mencionar que para Bordallo, “o filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda vida e até depois dela; não poderia ser diferente com a adoção.” (BORDALLO *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 932).

Portanto, conforme ensinamento de Lôbo, a função principal da família consiste na “realização pessoal de seus membros, com a efetivação da dignidade da pessoa humana e da afetividade, em um ambiente em que haja solidariedade e convivência.” (LÔBO, 2004, p. 152-155).

3. DO PROCESSO DE ADOÇÃO

A adoção é regulada pelo ECA e pela Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010 de 2009) que trazem diversos requisitos a serem preenchidos tanto pelo adotante quanto pelo adotado, dentre eles: a idade mínima de dezoito anos para o adotante (art.42, ECA); a diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado (art.42, §3º, ECA); o consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado (art. 45, ECA); a concordância do adotado se este tiver mais de doze anos (art.45, §2º);

a existência de processo judicial (art.47, ECA); e o efetivo benefício para o adotando (art.43, ECA). (BRASIL,1990).

Conforme o CNJ (2019), o processo de adoção acontece da seguinte forma: o adotante peticiona por meio de advogado particular, ou por meio da defensoria pública, o pedido de adoção que deve ser acompanhado dos documentos pessoais, da Certidão de Casamento ou Declaração de Convivência Marital, Certidão de nascimento dos filhos biológicos e comprovantes de situação financeira, além do atestado de antecedentes criminais, declaração de idoneidade moral e atestado de saúde física e mental. Após peticionado o pedido de adoção, os requerentes são chamados para participar dos cursos preparatórios para adoção que são definidos de acordo com cada Comarca. Com a finalização do curso e aprovado pelo juiz, os candidatos passam a ser considerados habilitados ao processo de adoção passando a fazer parte do Cadastro Nacional de Adoção, que cruzam as informações das Varas da Infância e da Juventude de todo país, reunindo dados das crianças ou adolescentes que podem ser adotados e das pessoas habilitadas para adotar.

O Cadastro Nacional de Adoção conta, atualmente (04/2024), com 30.662 pretendentes e 4.629 crianças e adolescentes cadastrados. O número de pretendentes é bastante superior ao número de crianças e adolescentes cadastrados, mas, para Falcão, o processo de adoção é moroso por três principais motivos:

i) a destituição do poder familiar, pois a busca principal é pela reintegração da criança/adolescente no seio familiar de origem, o que torna o processo demasiadamente extenso; ii) a escolha do perfil do adotando pelos possíveis pais, que optam em sua maioria por crianças brancas de até 3 anos de idade, quanto mais exigências mais demorado a finalização da adoção; iii) a burocracia legal juntamente com a falta de recursos, pois, além da carência das equipes interdisciplinares que acompanham todo o processo de adoção em seus diversos pontos, a burocracia legal

acarreta sofrimento para ambas as partes, adotantes e adotandos (FALCÃO, 2017, p. 23-24).

O processo de adoção ocorre em duas fases em que a primeira, acima descrita, trata-se da habilitação. A segunda, refere-se ao acolhimento da criança e/ou adolescente por meio da guarda provisória que, após o estágio de convivência e avaliação final da equipe interdisciplinar, torna a adoção irrevogável e irrenunciável por parte do adotante, através de uma sentença judicial definitiva. (DIAS, 2017).

3.1 O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

O estágio de convivência está previsto no art. 46 do ECA com alterações trazidas pela lei 12.010/09, em que há a necessidade de acompanhamento por equipe profissional durante o estágio de convivência, previsão expressa no art. 46 § 4º, da Lei nº 8.069/90 (acrescido pela Lei nº 12.010/09).

Após o término desse estágio, há a formulação de um laudo por uma equipe interprofissional de apoio à Justiça da Infância e da Juventude, composta por técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, do qual se valerá o Juiz para o deferimento ou indeferimento do processo de adoção. A dispensa do estágio de convivência ocorrerá quando o adotando, qualquer que seja a sua idade, esteja na companhia do adotante há tempo suficiente para que haja constituição de vínculo.

Venosa elucida que:

Esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado. Nesse estágio, terão o juiz e seus auxiliares condições de avaliar a conveniência da adoção. Nem sempre nesse prazo estabelecido pela mais recente

lei o juiz terá condições seguras de definição. O juiz poderá dispensar o estágio se o adotando já estiver na companhia do adotante tempo suficiente para poder ser avaliada a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1o, com redação da lei da Adoção). A criança em tenra idade adaptasse com maior facilidade à nova família. Ao deferir o estágio de convivência, o juiz estará, na verdade, deferindo a guarda do menor ao interessado na adoção. (VENOSA , 2019, p.336).

Nesse sentido, consegue-se vislumbrar a aplicação prática do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, tal princípio visa a proteção dos direitos e interesses da criança e do adolescente acima de qualquer outro interesse ou bem tutelado juridicamente, conforme interpretação do art. 227 da Constituição Federal que dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL,1988)

Dentre os direitos e garantias previstos, destaca-se, conforme o art. 19 do EC, o direito que toda criança e adolescente tem de ser criado no seio de uma família “.e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” (BRASIL, 1990).

Assim, o estágio de convivência é de extrema importância para a adoção e deve estar aliado aos princípios constitucionais, visando a adaptação do adotando ao novo lar, avaliando o relacionamento

entre o adotando e as demais pessoas da família, observando sempre o interesse do primeiro.

Outrossim, o estágio de convivência não pode estar a serviço do adotante. Cabe, neste ponto, uma comparação com o instituto da venda à contento, prevista no art. 509 do Código Civil em que, “a venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado”, ou seja, a venda se aperfeiçoa somente com uma resposta positiva, ou a presunção da aceitação, do comprador, sendo essa resposta subjetiva, não podendo ser valorada pelo vendedor, ou por quem quer que seja. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Portanto, seria absurdo se algo assim ocorresse na adoção, mas é o que parece acontecer quando as famílias, apesar de apresentarem motivos variados e sem respaldo legal, devolvem a criança/adolescente simplesmente pelo fato desses não atenderem às expectativas daqueles, revelando que, na realidade, a origem da devolução se pauta na falta de compreensão e de dedicação dos adotantes. (MACHADO, 2023).

3.2 DOS DANOS CAUSADOS À CRIANÇA/ADOLESCENTE DEVOLVIDO

O estágio de convivência, uma das etapas no processo de adoção, tem por objetivo fazer com que os adotantes observem praticamente as responsabilidades, obrigações que os mesmos assumirão com a adoção, e para que isso ocorra, o juízo defere uma guarda provisória que tem prazo por 90 dias, podendo ser prorrogado quando devidamente justificado. Quando se tratar de adoção internacional, o prazo é de 30 ao máximo de 45 dias, podendo ser prorrogado uma única vez pela autoridade competente (ECA, arts. 46, §2º-A e §3º). (BRASIL, 1990)

A finalidade do estágio de convivência é possibilitar uma adaptação dessa nova família, que é acompanhada por uma equipe de profissionais para que o mesmo ocorra de forma mais tranquila

e possibilite uma afinidade. Porém, infelizmente muitos adotantes devolvem o adotando sem justificativas, ou em outros casos, com algumas justificativas como desobediência, mau comportamento, comuns a qualquer tipo de criança ou adolescente, incluindo aquelas que nunca sequer passaram por rejeição como estas (ROSA, 2008).

Esse período do estágio de convivência não pode ser visto pelos adotantes como uma experiência, mas como uma fase de adaptação da criança à família e que a devolução, mesmo nesse estágio, causa sérios impactos para a criança/adolescentes no que se refere aos aspectos emocionais, na construção de sua identidade e nas futuras relações interpessoais. Nesse sentido, os mesmos devem ser responsabilizados por essa importante decisão que irá transformar suas vidas mas, principalmente, a do adotando. (CARVALHO, 2017).

Além disso, trata-se de um período de orientação e de avaliação de uma equipe multidisciplinar com o intuito de tomar uma decisão de modo responsável, planejado, dialogado e refletido sobre essa importante transformação da vida familiar. Ainda, passam por uma avaliação psicossocial, que pode ser entendida também como um momento de elaboração quanto à decisão que está sendo tomada. Além disso, há a obrigatoriedade da participação dos pretendentes à adoção em cursos preparatórios (psicossociais e jurídicos), além de encaminhamentos para a participação em grupos de apoio à adoção, tendo em vista que todo esse processo tem o intuito de prepará-los e conscientizá-los da importância e grandiosidade da decisão da adoção. (OLIVEIRA; MAUX, 2021).

A adoção é um ato irrevogável e a ideia de devolução é equiparada ao abandono de um filho biológico. Por esse motivo a justiça brasileira não reconhece a devolução de uma criança adotada, mas é possível a restituição da criança/adolescente e sua volta ao acolhimento durante o estágio de convivência. Na prática, a devolução ou restituição é feita por um processo de “cancelamento de guarda” com o objetivo de retirar a criança ou adolescente de uma família que não pode assumir a função parental. O que muitas vezes ocorre é a devolução injustificável, por completo despreparo ou choque entre o real e

ideal, pois ao sonhar com um filho, as birras, as desobediências, os desconfortos e as bagunças não estão inclusas na imaginação (SILVA, 2022).

Mau comportamento, desobediência não são justificativas, são desculpas, pois é desviar de uma responsabilidade que compete aos pais na educação e formação do caráter da criança. Então, querer devolver uma criança com este argumentos não se sustenta, pois um filho biológico não é entregue nas mãos do Estado para que o mesmo dê conta de um papel que compete aos pais, enquanto responsável pelo mesmo. Dessa forma, compete àqueles que pretendem exercer papel de pais compreender verdadeiramente suas funções e não agir com imaturidade, despreparo e na primeira dificuldade no papel de educar, descartar como se faria com um objeto e devolver como se não tivesse mais utilidade (ROSA, 2008).

Comportamentos como esses por parte dos adotantes prejudicam consideravelmente o estado psicológico do adotando, pois é oportuno lembrar que o mesmo já teve uma primeira experiência de rejeição de sua família biológica e ser devolvido só reforça um pensamento de que não é amado e que potencializa ainda mais sentimentos de desprezo, sendo uma dupla, ou em alguns casos, infelizmente, até mesmo uma terceira frustração, tendo em vista que ser devolvida pode dificultar, ainda mais, uma nova possibilidade de adoção.

Nesse entendimento, Souza elucida que:

Quem supostamente tem maturidade são os adultos, sendo, pois os responsáveis pelo sucesso da adoção da criança. Estas pessoas que “devolvem” serão cruéis? Egoístas ou vitimas? Como entender? Terão que reconstruir suas vidas, mas são adultos. Se livram do “incômodo” gerando problemas e confusões. O que será da criança? (SOUZA, 2012, p. 26- 27).

Oportuno mencionar que, o princípio do melhor interesse da criança, onde o mesmo se encontra em situações que desprezam as

garantias constitucionais ao mitigar o direito à convivência familiar, ao amor. Além disso, o que se observa, em muitos casos, é que estágio de convivência acontece apenas no nome, pois prolongam-se, ao longo dos anos, e que nestes casos trazem consequências emocionais mais prejudiciais para o adotando. (DIAS, 2017).

Um exemplo disso, é o caso apresentado na reportagem da Revista Consultor Jurídico (2016) em que um casal que devolveu três irmãs após a avaliação da Vara da Infância e dando início ao estágio de convivência. O casal obteve a guarda provisória das meninas em março de 2012 e em setembro devolveram as crianças alegando que não se adaptaram às mesmas, entendendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro como uma devolução de forma completamente imotivada, conforme a decisão de primeiro grau.

Portanto, essas situações só reforçam as sérias consequências da devolução para o adotando, especialmente no aspecto emocional, psicológico o que evidencia a necessidade de refletir a respeito de medidas que impeçam que danos como esse continuem acontecendo ao adotando, pois para a criança/adolescente não existe do período do estágio de convivência, e sim ela entende que está sendo adotada. (PAIANO; ESPOLADOR; FURLAN, 2023)

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES

Para Gagliano e Pamplona Filho (2017) a responsabilidade civil consiste no dever de reparar um dano causado a terceiro, que se efetua por meio de uma conduta que viola um dispositivo legal ou uma relação que gera um dano e a reparação acontece por indenização de natureza pecuniária.

Quanto ao dano, os autores elucidam que:

Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. Note-se, neste conceito,

que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1104).

No âmbito de Direito de Família, pode-se contemplar a responsabilidade civil, pois a Constituição Federal de 1988 constitucionalizou as relações privadas, bem como trouxe uma proteção maior e, conseqüentemente, igualitária entre todos os membros da família. Essa visão foi aceita e expandida no Código Civil de 2002, ao proteger os direitos reconhecidos a todos os que compõem a entidade familiar, previstos na Constituição, de forma a garantir que possíveis atitudes que gerem danos nessas relações privadas fiquem íntegras e, por conseguinte, não sejam responsabilizadas.

Farias, Netto e Rosendal (2019, p. 67) explicam que, “a responsabilidade civil possui três funções reparar, punir e educar. Em relação ao objetivo básico, consiste na reparação civil de retornar as coisas ao *status quo ante*”, o que não é possível no caso em análise, por se tratar de um dano psicológico. Nem por isso, pode-se desconsiderar a segunda função da reparação - a punição do ofensor, no sentido de que ele não venha mais a causar dano a alguém. Essa segunda função está diretamente relacionada à terceira função que é o caráter socioeducativo, que consiste em deixar público as consequências para atitudes semelhantes para que as mesmas não se multipliquem e acabem sendo toleradas pela sociedade.

Nesse sentido, a devolução imotivada, ou sem justificativas plausíveis, durante o estágio de convivência no processo de adoção abusa de poderes e caracteriza-se um ilícito que gera o direito à reparação. Portanto, incide o artigo 187 do Código Civil, decorrente do fato que os adotantes buscam voluntariamente o processo de adoção bem como é indiscutível que essa conduta ultrapassa a finalidade social para qual a norma foi pensada (SILVA, 2022).

Por esse motivo, pensar nestes casos na responsabilidade objetiva do adotante não é inadequado, basta uma conduta dessa independente de culpa, pois devolver uma criança de maneira imotivada deve ser responsabilizada civilmente, tendo em vista, que trata-se de uma prática abusiva e traumática, pelo fato de o período de estágio de convivência também produz no adotando a expectativa de estar integrando uma nova família, conseqüentemente, fazendo parte de um novo lar (CARVALHO, 2017).

Perece-be o dano causado com a devolução, considerando as mudanças que novamente esta criança/adolescente vivencia, e influencia tanto as relações interpessoais quanto na sua construção enquanto indivíduo. Segundo Cavaliere Filho (2009, p. 81) “o dano moral nos casos de devolução de adotandos decorre da lesão causada aos direitos da personalidade, que englobam, além da dignidade da pessoa humana, sentimentos, imagem, relações afetivas, aspirações, hábitos, dentre outros”.

Observa-se, nesses casos, infelizmente, que se assemelha à devolução de uma mercadoria, como se fosse consumidor que está insatisfeito com o “que” se levou para casa, e a sua atitude mais se assemelha a de alguém que quer se ver livre de um objeto o quanto antes possível, eximir-se de suas conseqüências e que, de preferência, não tenha que lidar ou ser responsabilizada por nenhuma delas. Neste sentido, merece atenção quanto ao psicológico de uma criança/adolescente que, por um momento, vislumbrou a possibilidade de realmente ter um lar agora se sentir como alguém indesejada por aqueles que achavam que seriam sua família, o que se percebe é uma humilhação, traumas que certamente marcarão sua vida. (OLIVEIRA; MAUX, 2021).

A devolução deveria ser a última hipótese, depois de uma série de tentativas de resolução, convívio e harmonia familiar. Entretanto, na maioria dos casos, parece ser a primeira escolha dos adotantes, que se mostram resistentes ao optar por outras hipóteses como apoio psicológico, terapia e acompanhamento de equipe multidisciplinar,

com a finalidade de permanecer com a criança/adolescente. (ROSA, 2008).

No que se refere à devolução, merece destaque a afirmação de Içami Tiba, ” a devolução funciona como uma bomba para a autoestima da criança e é melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e devolvida. ‘As pessoas devem ser mais responsáveis ao adotar: Devolver é quase como fazer um aborto’.” (TIBA *apud* ROCHA, 2000, p.12).

Cabe ressaltar a mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que uma devolução que não apresenta motivos relevantes afronta direitos do adotante, portanto, cabe indenização ao mesmo.

Merece destaque o que Carvalho ressalta:

O adotante que devolve à instituição de acolhimento o adotando fere diversos direitos de que estes são titulares, como o direito à convivência familiar, à dignidade da pessoa humana, e também ao princípio da não discriminação, uma vez que quem devolve trata esta criança ou adolescente como objeto passível de devolução por sua condição de adotado, já que esta atitude não existiria sendo o filho biológico (CARVALHO, 2017, p. 61).

Gagliano e Barreto (2020) explicam que o entendimento de responsabilizar civilmente pela prática do ato de devolução por parte do família adotante em ação de danos morais em favor da criança ou adolescente, já tem sido observado nos Tribunais do Brasil, reiterando o entendimento de que essa conduta gera danos irreparáveis ao adotado.

Um exemplo disso é o caso apresentado na reportagem de Santos (2020) em que o Tribunal de Justiça da Paraíba condenou um casal a pagar uma indenização por danos morais de duas crianças que conviveram por três anos com os adotantes. Os adotantes alegaram como motivo da devolução o comportamento agressivo da criança

e que não obedeciam os mesmos. Além de indenizar na referida reportagem, o desembargador decidiu que o intuito também é de inibir que o casal venha praticar novamente esta atitude no futuro.

Cumpra salientar a dificuldade em se demonstrar a um abalo psicológico, pois trata-se de um aspecto emocional, interno e que, diferente de outros danos, são fáceis de se demonstrar por serem externas. Além da complexidade em se comprovar o aspecto emocional, há o aspecto da compensação que, cabe reconhecer que, jamais possibilitará o retorno do estado anterior, até porque tratam-se de emoções, que não se curam. Entretanto, o que busca-se é minimizar esse abalo e que os adotantes entendam a seriedade e as consequências que acarretam na vida de uma criança e/ou adolescente em razão de uma devolução imotivada que, na verdade, parece um descarte de um objeto. (ROSA, 2008).

Assim, essa ruptura viola o princípio da solidariedade familiar, integridade física e, por isso, cabe indenização em uma quantia que possibilite, ao menos, uma minimização das sequelas psicológicas, acompanhadas pelos profissionais terapêuticos, analisando, em cada caso, a extensão do dano psicológico, pautando-se nos princípios que baseiam a dignidade da pessoa humana, permeiam o melhor interesse da criança, além da razoabilidade e proporcionalidade, com a expectativa de um futuro menos traumatizante do que a vivenciada devolução para esta criança e/ou adolescente (PAIANO; ESPOLADOR; FURLAN, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A devolução em adoções mal sucedidas é uma forma terrível de tentar resolver os conflitos familiares, pois tais conflitos existirão seja com filhos biológico ou filhos por adoção. Desse modo, devolver essa criança ou adolescente é negar a responsabilidade decorrente de uma séria decisão por dificuldades cotidianas, que podem ser trabalhadas e são passageiras.

Em razão dos dados psicológicos causados, as crianças e adolescentes devolvidos podem desenvolver condutas antissociais, comportamento agressivo, dificuldades de aprendizado, complexo de inferioridade, isolamento, insubordinação, entre outros. Além disso, a possibilidade de uma nova adoção pode ser reduzida, considerando o tempo que o adotado ficou com os adotantes que desistiram, o que pode influenciar na a “idade adotável” preferida por aqueles que, geralmente, procuram adotar.

Além disso, a responsabilidade civil deve cumprir os fins a que se presta, a partir de uma interpretação extensiva, tendo em vista que, sua aplicação no direito de família, em contexto de devolução de criança ou adolescente nos casos de adoção ainda é escassa. A responsabilização dos adotantes tem o intuito de reduzir os dados causados, utilizando a indenização como forma de desestimular essas práticas, como recurso para tratamento do adotando em virtude dos abalos causados, ou ainda revestida em favor deste de alguma outra forma.

Percebe-se que a adoção sempre esteve presente na história da humanidade e que, apesar dos avanços, ainda há muito que evoluir. Neste momento, exige-se intensa atuação da equipe interprofissional, do próprio juízo na preparação psicossocial e jurídica dos adotantes, para que dimensionem a seriedade deste ato, pois, as devoluções ocorrem, na maioria das vezes, por despreparo e expectativas irreais dos adotantes.

Ainda, é necessário que aqueles que pretendem adotar entendam que se trata de uma decisão séria, que estão lidando com um ser humano, em desenvolvimento emocional e físico; que entendam que essas crianças e adolescentes estão desenvolvendo agora seu caráter e sua identidade; e, principalmente, tenham o discernimento e a compreensão de que essas crianças já passaram por uma situação traumática. É a difícil e nobre tarefa de se colocar no lugar do outro.

Ademais, tem-se grande expectativa em ver a efetiva aplicação dos princípios norteadores da adoção no Brasil, pois bem sabemos que princípios não são uma simples recomendação ética, mas são

diretrizes determinantes do ordenamento jurídico, que otimizam a relação da criança e/ou adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o próprio Estado. A igualdade entre os filhos se concretiza no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este de supremo valor, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Assim, da mesma forma que os pretendentes à adoção não abandonariam seus filhos se fossem biológicos, não devem fazer com aqueles não possuem seu sangue nas veias, pois essa relação deve ser pautada o afeto e a dignidade, seja qual for a origem da filiação.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Eduardo. **A evolução da adoção no Brasil**. Brasília, DF: Congresso em Foco, 2010. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opinia0/colunas/a-evolucao-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 18.abr.2024.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18.abr. 2024.

BRASIL, **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 20 abr. 2024

BRASIL. Senado Federal. **História da adoção no mundo**. Brasília, DF: Senado Federal: Jornal: em discussão, 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx> . Acesso em: 20 abr.2024.

CARVALHO, Larissa Grouiou. **Responsabilidade civil dos adotantes pela devolução da criança ou do adolescente adotado**. Maceió, AL: Universidade Federal de Alagoas. 2017. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/responsabilidade_civil_dos_adotantes_pela_devolucao.pdf Acesso em: 18 abr.2024

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CONJUR. TJ-RJ mantém condenação de casal que devolveu três irmãs para adoção. **Revista Consultor Jurídico**, 26 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-26/tj-rj-mantem-condenacao-casal-devolveu-irmas-adocao>. Acesso em 19 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Como adotar uma criança no Brasil**: passo a passo. 07 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em 22 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Adoção**: relatórios estatísticos. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://sna.cnj.jus.br/#/home> Acesso em: 22 abr. 2024.

COULANGES, Denys Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora Edameris, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FALCÃO, Débora Lima Marinho. **Devolução de crianças adotadas**. A reedição do abandono e o sistema legal de proteção da criança, e caso de devolução. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21685/1/Monografia.%20D%c3%a9bora%20Falc%c3%a3o%20VERS%c3%83O%20FINAL.pdf> Acesso em: 19 abr. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: volume 6: direito das famílias. 6.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/ResponsC3%A3o> .Acesso em: 19.br.2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. 14.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, v. 6, n. 24, jun./jul.

MACHADO, Karina Izidro. **A Responsabilidade Civil pela “devolução” do adotando durante o estágio de convivência**. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-responsabilidade-civil-pela-devolucao-do-adotando-durante-o-estagio-de-convivencia/1988275756>. Acesso em 22.abr.2024.

MAUX, Ana Andréa Barbosa; DUTRA, Elza. Adoção no Brasil: algumas reflexões. **Revista de estudos e pesquisa em psicologia**. Vol.10/2010. Rio de Janeiro. Disponível em:http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812010000200005. Acesso em 20.abr.2024.

OLIVEIRA, Laura Cristina Santos Damásio de; MAUX, Ana Andréa Barbosa. O estágio de convivência em casos de adoção: uma compreensão fenomenológica. *Phenomenological Studies*. **Revista da Abordagem Gestáltica**. Vol.XXVII-03(2021). p.306-315, 2021.

Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v27n3/v27n3a06.pdf>. Acesso em 18.abr.2024.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássica Resquetti Tarifa; FURLAN, Alessandra Cristina. **Migalhas de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/399193/desistencia-da-adocao-e-devolucao-de-criancas-adotadas> . Acesso em: 19.br.2024.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Criança “Devolvida”: Quais são seus direitos? **Revista de Direito Privado**. Vol.2. p.74-113.abr-jun/2000. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sab6f0fab6f0100001&td=1069&context=45&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#> . Acesso em 21.abr.2024.

ROSA, Daniela Botti da. A narratividade da experiência adotiva: fantasias que envolvem a adoção. **Psicologia Clínica**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 97-110, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pc/a/wbd33dtpLxvC6sMdhkycJ3r/?lang=pt>. Acesso em 18.abr.2024.

SANTOS, Rafa. Casal terá que pagar indenização de 100 salários mínimos por desistir de adoção. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-08/casal-pagar-indenizacao-desistir-adocao> . Acesso em 18.abr.2024.

SILVA, Fernanda Carvalho Brito. **Evolução histórica do instituto da adoção**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55064/evolucao-historica-do-instituto-da-adocao> . Acesso em 18.abr.2024.

SILVA, Jordana Malta. **Adoção: responsabilidade civil e desistência durante o processo de adoção**. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/adocao-responsabilidade-civil-e-desistencia-durante-o-processo/1584787455> . Acesso em 22.abr.2024.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia**: Devolução ou desistência do filho? A necessária preparação para adoção. Curitiba: Juruá, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** - família e sucessões. Vol. V. 19.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

ASPECTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS EM UMA INSTITUICAO DE ENSINO EAD

Roney Pignaton da Silva²⁶

Sandro Tonini da Silva²⁷

RESUMO:

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, é a legislação brasileira que visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, com regras sobre a coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais. A LGPD estabelece alguns princípios norteadores sobre tais atividades, como o Consentimento, a Transparência, a Segurança e a Não discriminação. Ademais, orienta e sugere para os Controladores de dados pessoais a confecção de uma Política de Privacidade e Proteção de Dados - PPPD, regendo seus princípios e diretrizes. Nesse contexto, este artigo buscou identificar em um estudo de caso prático mecanismos da LGPD que subsidiassem a compilação de uma PPPD em uma instituição de Ensino à Distância (EaD). Esse cenário é complexo e é marcado por relações jurídicas consumeristas, de trabalho e contratuais. Este artigo fundamentou seu estudo nas bases legais aplicáveis ao caso, estendendo esses elementos quando da necessidade de compartilhamento de dados pessoais.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados, Políticas de Privacidade e Proteção, Ensino à distância, bases legais.

26 Doutor em Engenharia de Sistemas Telemáticos (Univ.Politécnica de Madri), Professor do Departamento de Computação e Eletrônica (UFES); Roney.silva@ufes.br

27 Mestre em Informática (UFES), Especialista em Direito da Proteção e Uso de Dados (PUC/MG), Analista de Sistemas do MPES e Membro do Comitê de Implementação da LGPD – MPES; stsilva@mpes.mp.br.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018 representa um marco significativo no panorama jurídico brasileiro, conferindo aos cidadãos maior controle sobre suas informações pessoais controlados por terceiros. A LGPD estabelece princípios e diretrizes claras para o tratamento de dados, impondo responsabilidades às organizações que lidam com informações pessoais, tendo impactado profundamente a maneira como empresas e instituições lidam com dados, exigindo uma abordagem mais transparente, ética e segura na gestão da informação.

Nesse sentido, uma Política de Privacidade e Proteção de Dados estabelece os princípios e diretrizes que regem a coleta, o uso, o armazenamento e a divulgação de informações pessoais, devendo estabelecer regras claras e transparentes para o tratamento de informações pessoais, construindo uma relação de confiança entre empresas e consumidores. Além disso, evita penalidades legais significativas, e também demonstra o compromisso ético e responsável da organização em lidar com dados pessoais.

A partir do entendimento da necessidade de implementação da uma Política de Privacidade e Proteção de Dados, o presente caso descreve uma empresa nacional (nomeada de Empresa X) que oferece cursos de empreendedorismo e inovação, utilizando-se de plataforma tecnológica própria que permite atingir um público diversificado e sem limites de abrangência. Tal plataforma tecnológica visa proporcionar a realização dos cursos através de professores parceiros e afiliados que utilizam os serviços da plataforma. Ademais, a empresa utiliza de formas de prospecção de alunos através de sítio próprio, das redes sociais e envio de e-mail Marketing para todos os alunos cadastrados na plataforma, bem como organizam eventos e palestras gratuitas para captar novos alunos.

Importante ressaltar que os cursos são ofertados para alunos adultos e menores de idade, a depender dos cursos ofertados, resguardando a coleta apenas dos dados essenciais pelos titulares dos

dados. Ainda, a empresa em estudo possui funcionários contratados sob regime da CLT, cobrindo ainda uma política de comissionamento a seus parceiros afiliados que se utilizam de sua plataforma tecnológica. No aspecto tecnológico, a empresa possui uma relevante infraestrutura de Tecnologia da Informação, com uso de sistemas legados, bancos de dados e soluções de nuvem (*clouding*). A empresa possui uma organização departamental com vários processos e fluxos de trabalho, os quais coletam, armazenam, processam e tratam de dados pessoais de seus colaboradores, parceiros de negócio e clientes, utilizando, inclusive, de compartilhamento desses dados a terceiros, tanto no Brasil quanto em relações internacionais.

O objetivo principal deste trabalho é descrever e discutir, a partir do cenário acima, sobre a temática da Política de Privacidade e Proteção de Dados, esclarecendo sobre seus tópicos essenciais, princípios, direitos dos titulares, bases legais aplicáveis a dados sensíveis e não sensíveis, as relações da LGPD com o arcabouço legal nacional e, por fim, as possibilidades de compartilhamento e transferência de dados.

1. LGPD E A POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

1.1 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Preliminarmente, necessário um maior entendimento sobre o escopo de aplicação da Lei 13.709/2018 – LGPD nas organizações. Tal norma, em seu art. 5º, compreende o conceito de Agentes de Tratamento de Dados como sendo a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (Controlador) ou aquela que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (Operador).

Nesse cenário de aplicabilidade da LGPD, Almeida e Soares apontam que:

(...) organizações e/ou instituições, se viram diante da obrigatoriedade de se adequar com lisura as normativas para a efetivação de tratamento de dados, objetivando a proteção dos direitos fundamentais de privacidade, ética e de liberdade, princípio da transparência.

(...)

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18 - LGPD), com sanções a serem aplicadas em razão de infrações no cometimento das normas nela previstas, apresenta para a instituições (governamentais e não governamentais) e empresas brasileiras, severas consequências operacionais quando do estabelecimento de obrigações que visam o tratamento de dados pessoais (aqueles que possibilitam a identificação de uma pessoa natural), visando assegurar os direitos fundamentais de privacidade e de liberdade. (ALMEIDA; SOARES, 2022, p. 28 e 30)

Em seus princípios e fundamentos, a LGPD determina que haja um comprometimento, por parte dos agentes de tratamento (sob a tutela governamental) para fins de assegurar a transparência, a segurança e o respeito à privacidade de seus usuários, garantindo que suas informações sejam tratadas de maneira ética e em conformidade com as normas estabelecidas pela legislação vigente. Tal política, intitulada como Política de Privacidade e Proteção de Dados, visa informar de maneira clara e acessível sobre como suas informações são manuseadas, proporcionando confiança e transparência em nossa relação digital.

Nessa seara, Santos (2020, p. 49) aponta que os artigos 46 e 47 da LGPD abordam sobre as “medidas de segurança técnicas e administrativas que os agentes de tratamento devem adotar, inclusive após o término do tratamento. Além disso, esses artigos abordam a importância da segurança da informação nas fases de tratamento”.

A autora aponta para as determinações do art. 46:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem **adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas** aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre **padrões técnicos mínimos...** (BRASIL, 20218, grifo nosso)

Naturalmente que a implementação efetiva dessas medidas não apenas atende a exigências legais, mas também fortalece a reputação da empresa, destacando-a como um ambiente seguro e confiável para seus usuários.

1.2 IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

Dentro do cenário explicitado na seção anterior, cabe ressaltar que a Empresa X deverá adotar iniciativas que atendam aos preceitos de segurança de dados previstos na LGPD. Nesse sentido, poderá adotar políticas específicas, reconhecidas no mercado ou mesmo adotar algumas elencadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme disposto no art. 46, § 1º da LGPD.

Ocorre que a própria LGPD definiu elementos que apontam para a necessidade de implementação de ações que visem a segurança dos dados sob responsabilidade dos Agentes de Tratamento, conforme descrito em ANPD:

A LGPD introduz em seu art. 6º, VII, o **Princípio da Segurança**, que consiste na **utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda,**

alteração, comunicação ou difusão. Posteriormente, a Lei detalha a questão de segurança da informação relacionada aos dados pessoais nos artigos 46 a 49. 13. No art. 46, a lei estabelece que agentes de tratamento devem adotar **medidas de segurança, técnicas e administrativas**, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas, ou seja, **vulnerabilidades** que podem **expor os dados dos titulares a tratamento inadequado ou ilícito.** Já o §2º do art. 46 determina que as medidas de que trata o caput do artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução. 14. O art. 47 define que agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a **garantir a segurança da informação** prevista na Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término. Uma **importante obrigação** relacionada à segurança de dados pessoais é tratada no art. 48 e consiste na comunicação à **ANPD** de incidentes de segurança que possam acarretar risco ou dano relevante aos titulares de dados. (ANPD, 2023, p. 6, grifo nosso)

Em seu art. 50, *caput*, a LGPD aborda sobre “Boas Práticas e da Governança”, *in verbis*:

Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão **formular regras de boas práticas e de governança** que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as **normas de segurança, os padrões técnicos**, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e

outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Uma Política de Privacidade e Proteção de Dados, “deve orientar como são atendidos os direitos do titular de dados pessoais, apresentando como ele pode acessar, retificar, solicitar a exclusão de dados, transferir, limitar ou se opor ao tratamento, e retirar o consentimento” (SERPRO, 2023).

Diante do exposto, nota-se que não há na LGPD um termo explícito que especifique “*Política de Privacidade e Proteção de Dados*”, mas os elementos descritos no art. 50 anterior claramente apontam para essa direção. Aduz-se, então, que a Empresa X deverá considerar o § 2º desse mesmo artigo, pois nele apresentam-se as recomendações sobre uma “Política de Privacidade e Proteção de Dados” bem como seus requisitos.

Veja:

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, **poderá:**

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

- a) demonstre o **comprometimento do controlador** em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a **todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle**, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja **adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações**, bem como à sensibilidade dos dados tratados;

- d) **estabeleça políticas e salvaguardas adequadas** com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de **estabelecer relação de confiança com o titular**, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja **integrado a sua estrutura geral de governança** e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com **planos de resposta a incidentes e remediação**; e
- h) seja **atualizado constantemente** com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas; (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Ressalta-se que LGPD estabelece, em seu art. 50, § 3º, sobre “As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente”. Isso é, há uma imposição legal.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UMA DECLARAÇÃO DA POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

A Declaração da Política de Privacidade e Proteção de Dados da Empresa X deverá refletir os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para assegurar a conformidade legal, a saber:

1. a transparência na coleta e tratamento de dados, sendo a garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. No caso em questão, a Empresa X utiliza de vários prestadores e sistemas terceirizados em sua atividade, dentre eles, meios de pagamento, armazenamento, ferramentas

digitais de marketing e gestão, assinatura eletrônica, escritório de contabilidade, escritório de advocacia, etc. Portanto, a Declaração da Política de Privacidade e Proteção de Dados deverá apontar claramente como a empresa está implementando práticas para a segurança de dados pessoais entre si e seus parceiros, haja vista o enorme volume de dados tratados. Deverá deixar claro sua responsabilidade sobre os operadores, em especial aquilo previsto na LGPD em seus Art. 5º, VII, Art. 39 e 42, bem com seu comprometimento no tratamento de incidentes de segurança da informação, tanto por sua culpa ou de seus terceirizados;

2. a finalidade específica da utilização das informações, permitindo a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. A Empresa X oferece serviços educacionais em plataforma tecnológica, o que requer que os dados pessoais sob sua responsabilidade devam ter aspecto puramente educacional, com vistas aos interesses de aprendizagem de seus alunos, somente. Tal informação (finalidade de tratamento) deverá estar explícita para seus usuários, bem como a necessidade de informar sobre o descarte desses dados ao término de sua finalidade;
3. a minimização (necessidade) dos dados coletados, como uma limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. Naturalmente que a Empresa X não deverá coletar dados que não tenham como propósito a prestação dos serviços educacionais. Em regra, não faz sentido a coleta de dados sensíveis, que

envolvam opções políticas, de gênero, e mesmo de renda, haja vista não estarem relacionados com a entrega de seus serviços. Quanto a usuários menores de idade, a Empresa X deverá proceder conforme art. 14 da LGPD, havendo, em regra, necessidade de consentimento dos pais para o tratamento desses dados;

4. a garantia da qualidade e atualização desses dados, a fim fornecer uma garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento. A Empresa X deverá garantir que seus parceiros de negócio, bem como seus sistemas de informações internos, mantenham cadastrados de seus usuários atualizados, por exemplo, fornecendo uma área em seu sítio de Internet, de forma clara e facilitada, para atualização de dados, seja por preenchimento de formulários ou mesmo envio de documentações. Deverá também explicitar sobre o dever de seu usuário nessas atualizações;
5. além de assegurar a segurança e a responsabilidade no seu manuseio, em conformidade com os direitos dos titulares, com a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, bem como demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. Quanto à Empresa X, em caso excepcional, quando da necessidade de coleta de dados sensíveis, como por exemplo tratar-se de usuário dentro do espectro autista, seus dados deverão ser anonimizados dentro das possibilidades técnicas existentes;

Uma proposta abordada por SERPRO, aplicável no contexto da Empresa X, deverá abordar em sua Declaração da Política de Privacidade e Proteção de Dados:

As seguintes informações, quando aplicáveis, também devem estar presentes: • Sobre compartilhamento dos dados com terceiros e qual a finalidade, inclusive redes sociais; • Sobre transferência internacional e qual a finalidade; • Sobre o tratamento por legítimo interesse; • Sobre o envio de e-mail marketing e como remover o consentimento, quando autorizado inicialmente pelo titular; • Sobre decisões automatizadas; • Sobre a proteção de dados de menores de idade; • Sobre a proteção dos dados sensíveis. (SERPRO, 2023)

Tendo em vista que a Empresa X oferta serviços de conteúdo educacional através de plataforma proprietária, é fundamental que ela siga as determinações ora apresentadas, até porque enquadra-se como Agente de Tratamento de dados como Controladora. Ademais, conforme já exposto e, tendo em vista o grande volume de dados pessoais por ela gerenciados e a escala de abrangência de seu mercado, é importante apresentar a esse mesmo mercado o seu comprometimento e salvaguardas com o tratamento de dados pessoais.

2. PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E FINALIDADE: ESTUDO DO CASO CONCRETO

O princípio da necessidade, conforme estabelecido na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Art. 6º, III, destaca a importância de coletar e processar apenas as informações estritamente necessárias e proporcionais para a finalidade específica. No contexto da Empresa X, isso implica que a coleta de dados dos alunos deve ser limitada ao que é essencial para a administração acadêmica, garantindo a privacidade e a segurança das informações pessoais.

Sendo assim, tal princípio desempenha um papel crucial na elaboração e implementação de Políticas de Proteção de Dados Pessoais. Ao integrar esse princípio a essa política, as organizações estabelecem uma base sólida para garantir que as informações pessoais sejam manuseadas com parcimônia e respeito à privacidade dos indivíduos. Essa abordagem não apenas fortalece a conformidade com a legislação, mas também contribui para a construção de uma relação de confiança com os titulares dos dados, evidenciando o compromisso da instituição com a preservação da privacidade e a segurança das informações pessoais, além de promover uma gestão responsável e transparente dos dados no ambiente educacional digital.

Em especial para o caso em estudo da Empresa X, é cabível o que afirmam Almeida e Soares:

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, ao normatizar regras de boas práticas para o tratamento e aos dados considerando **a sua finalidade, sua natureza, riscos, escopo e benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular**, colocou as Instituições de Ensino Superior (IES) na era da proteção de dados pessoais e do compliance. Se antes, a preocupação das instituições, estavam voltadas ao atendimento de requisitos legais, regulatórios e normativos (o que não os invalidam), agora **se voltam para o uso ético e seguro dos dados pessoais**. Mais que um processo polêmico e burocrático, a LGPD, visa o direito de proteção da personalidade e da privacidade. **As Instituições de Ensino Superior (IES), deverão se adequar buscando ferramentas tecnológicas disponíveis, metodologia própria e apoio jurídico**, como forma de assegurar os direitos dos dados e, por necessidade, seus titulares, conforme as novas diretrizes dadas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.) (ALMEIDA; SOARES, 2022, grifo nosso)

Nesse cenário, e de forma adicional, cabe uma importante discussão sobre a aplicação das tecnologias de comunicação para suporte a serviços educacionais. Por óbvio, o uso de ferramentas como Whatsapp, Instagram e Telegram tornou-se fundamental para as instituições de ensino, seja pelo custo reduzido e mesmo pela velocidade nessas interações.

Ocorre que em nota técnica, ANPD2 (2023) determinou para o Whatsapp “Refazer o teste de balanceamento de legítimo interesse, levando em consideração as observações mencionadas na Nota Técnica nº 02/2021, em particular as dos parágrafos 124 a 134 e da seção X - Medidas de Prevenção e Segurança”, bem com vários outros apontamentos e determinações.

Ou seja, no caso de a Empresa X adotar tais ferramentas de ensino-aprendizagem, em especial o Whatsapp, deverá tomar precauções adicionais em sua Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados, por exemplo, utilizando do Princípio do Legítimo Interesse na coleta de dados de forma equilibrada, sem exageros, haja vista que tais dados irão utilizar instrumentos fora de seu controle operacional.

Já quanto ao Princípio da Necessidade, e ainda referente ao uso da ferramenta Whatsapp, a ANPD observou que:

Ao se consultar o RIPD do Anexo II, é possível identificar que essas três categorias consistem em todos os tipos possíveis de dados pessoais dos usuários do WhatsApp Messenger (seção 2.A.2 do RIPD). **Não é possível aferir, portanto, o atendimento ao princípio da necessidade**, uma vez que os registros apontam, para as maiorias das operações de tratamento, que as três categorias são passíveis de serem utilizadas, **sem trazer uma discriminação mais granular dos tipos de dados tratados**”. Embora **o risco de tratamento excessivo de dados exista em praticamente todas as atividades de tratamento**, a existência deste risco não foi mencionada em nenhum dos RoPAs, o que

também impede que medidas de mitigação a ele sejam propostas. (ANPD2, 2023, p. 19, grifo nosso)

Cumpra ressaltar que os serviços prestados pela Empresa X passam por fases de coleta de dados pessoais, podendo isso ocorrer em uma etapa pré-contratual (como interesse, contendo dados pessoais como nome, email e telefone) e, posteriormente, já em uma etapa contratual (dados financeiros, endereço, dados dos pais – menor de idade).

Um interessante apontamento sobre os princípios e bases legais para os dados pessoais coletados pela Empresa X podem ser apontados por FGV:

Existe um **primeiro e um segundo** momento em que os titulares de dados ainda não formaram um vínculo com as Instituições de Ensino, mas já podem ter fornecido alguns de seus dados pessoais para as IES. Para que os tratamentos de dados pessoais (coleta, armazenamento, compartilhamento, etc.), tanto na **fase de interesse como no processo de seleção** de alunos estejam em conformidade com a LGPD é necessário, em termos gerais: (i) uma **base legal** para realizar estes tratamentos; (ii) uma **finalidade** bem definida quanto ao tratamento a ser feito; e (iii) a **adequação** entre o tratamento e a finalidade almejada, de modo que os dados sejam necessários à realização da citada finalidade. (...) é necessário a elaboração de **termos de consentimento**, para cada uma das situações citadas: a do interessado que envia seus dados para obter maiores informações e a do candidato a aluno, que envia seus dados para se inscrever e participar de processo seletivo.) (FGV, 2023, p. 18, grifo nosso)

Quanto ao Princípio da Finalidade, FGV estabelece que:

Por finalidade, entende-se o propósito informado à pessoa natural acerca das operações que serão realizadas para tratar os seus dados. A conjugação do consentimento com a finalidade faz com que seja possível assegurar que, primeiro, o agente responsável pelo tratamento de dados pessoais tenha se esforçado para deixar claro quais os propósitos para a coleta, armazenamento e uso dos dados do titular e que, segundo, a anuência desse titular seja feita da forma mais esclarecida quanto for possível. (FGV, 2023, p. 19)

Diante do exposto, ultrapassada essa primeira análise quanto ao uso de ferramentas em redes sociais e os cuidados a serem adotados pela Empresa X, pensando-se em uma coleta de dados pessoais estritamente necessárias e proporcionais para a prestação de seus serviços, identificam-se os seguintes conjuntos de dados pessoais:

- dados cadastrais e contratuais “internos”:
 - usuários discentes: nome, CPF, Endereço, nível de escolaridade, telefone e email; no caso de discentes menores, dados dos pais/responsáveis (CPF, nome, endereço, telefone e email);
 - Usuários funcionários contratados: nome, CPF, Endereço, nível de escolaridade, telefone e email, dados bancários, documentos comprobatórios de seu nível de escolaridade; dados previdenciários;
- Dados contratuais com terceiros:
 - Usuários docentes colaboradores: nome, CPF, Endereço, nível de escolaridade, telefone e email, dados bancários, documentos comprobatórios de seu nível de escolaridade;

- Operadores: CNPJ, endereço, dados pessoais dos responsáveis: CPF, nome, estado civil, endereço, telefone e email;

Por fim, importante ressaltar a questão do descarte dos dados pessoais coletados. Em FGV são estabelecidas algumas diretrizes:

Nesse mesmo sentido, cabe aqui apontar que o armazenamento de dados pessoais dos alunos, quando não amparados pelos prazos estipulados nas portarias do MEC ou demais regramentos do ordenamento jurídico que obriguem um período de guarda maior, esses **dados devem ser eliminados assim que cumprida sua finalidade**, salvo também nas hipóteses de: (i) serem dados que possam amparar a Instituição de Ensino em eventuais demandas administrativas ou judiciais futuras (artigo 7º, VI e 11, II, “d”); ou (ii) caso o aluno tenha consentido com um prazo de guarda específico (7º, I e 11, I). (FGV, 2023, p. 31, grifo nosso)

3. DOS DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS PESSOAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a partir do Capítulo II, art. 17 e seguintes (e outros mandamentos dispersos), assegura aos titulares uma série de direitos fundamentais em relação ao tratamento de suas informações pessoais. No contexto da Empresa X em estudo, tais direitos ganham destaque na preservação da privacidade e na transparência do uso de dados.

Os titulares têm o direito de obter informações claras e acessíveis sobre como seus dados são coletados, armazenados e utilizados pela instituição de ensino online. Além disso, a LGPD garante o direito de correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, assegurando que as informações utilizadas estejam sempre precisas.

Outro aspecto crucial é o direito à anonimização, bloqueio ou eliminação de dados pessoais desnecessários ou excessivos para as finalidades para as quais foram coletados. Isso reforça a importância da minimização do tratamento de dados, alinhando-se ao princípio da necessidade.

Adicionalmente, a portabilidade dos dados é um direito relevante para os titulares em uma plataforma de ensino online, permitindo que eles solicitem a transferência de suas informações para outro serviço, facilitando a mobilidade e o controle sobre seus próprios dados. A instituição de ensino Empresa X deve, ainda, garantir mecanismos que viabilizem o exercício desses direitos pelos titulares, promovendo uma relação de confiança e respeito à privacidade, pilares essenciais na era digital regulamentada pela LGPD.

São Direitos do Titular, conforme estabelecido no art. 17 e seguintes da LGPD, dentre outros, os direitos fundamentais: de liberdade; de intimidade e de privacidade; o direito de obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição, informações sobre a) confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular (exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei); revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei, dentre outros (BRASIL, 2018).

4. LGPD E AS BASES LEGAIS PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

O Art. 7º da LGPD apresenta um “cardápio” de normativas que tornam possível o tratamento de dados pessoais pelo Controlador/Operador, chamadas de Bases Legais. No caput do artigo está definido que “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado

nas seguintes hipóteses”, estabelecendo uma verdadeira limitação das situações permissíveis ao tratamento.

O tratamento de dados pessoais a ser realizado deverá atender a pelo menos uma dessas bases legais, dando validade jurídica ao tratamento. Desde já, importante salientar que não há uma hierarquia entre tais normativas, nem mesmo maior ou menor qualificação de uma em relação à outra. O que o Controlador deverá estar atento é selecionar aquela mais alinhada aos princípios do tratamento de dados pessoais, configurado no Art. 6º. O tratamento de dados é, portanto, um ajustamento do caso concreto à norma, com um olhar principiológico da própria LGPD.

Conforme previsto no art. 7º da LGPD, o tratamento de dados pessoais será possível nas seguintes hipóteses (incisos I a X):

- mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres;
- para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

- quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais;
- para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. (BRASIL, 2018)

Frisa-se que a LGPD não criou hierarquia entre as possibilidades legais para o tratamento, nem mesmo determinou a aplicação de somente uma base legal. Ao contrário, a aplicação da(s) base(s) legal(ais) é aberta, cabendo ao Controlador a melhor aderência possível sobre as finalidades desse tratamento, assegurados os princípios e direitos fundamentais do titular de dados.

Em especial, atenta-se para algumas bases legais previstas na LGPD:

1) **Base legal do Consentimento:** Conforme Teffé (2020, p. 6), “O consentimento do titular dos dados recebeu tutela destacada na LGPD”, haja vista a grande possibilidade de que a escolha dessa base legal seja inadequada em virtude de outra base legal mais ajustada (art. 7º ou art. 11º) ou que ele possa ser revogado (o consentimento é temporário) pelo seu titular a qualquer momento, de forma expressa e em procedimento gratuito e facilitado.

De acordo ainda com o autor:

O **consentimento** deverá ocorrer, como regra, de acordo com a hipótese estabelecida no artigo 7º, I, da LGPD, sendo certo que no caso de dados sensíveis foram positivadas normas mais rígidas (Art. 11, I), (...) em se tratando de criança, além de o consentimento ser reforçado, foi acrescentada hipótese adicional de tratamento de dados sem o consentimento de um dos pais ou responsável legal (Art. 14, §3º). (TEFFÉ, 2020, p. 6, grifo nosso)

Nesse sentido, o autor enfatiza que o consentimento não pode ser entendido de forma alargada, ampla, “não podendo ser estendida a autorização concedida a ele para o tratamento de dados para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior ou para finalidade diversa” (TEFFÉ, 2020, p. 6)

Reforça esse entendimento o texto previsto no Art. 5º, XII, ao definir consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Logo, o consentimento exige que o titular possa escolher entre aceitar ou recusar o tratamento de seus dados pessoais sem qualquer intervenção de terceiros ou vícios de consentimento (previstos no Código Civil, como erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo, e lesão).

Ademais, na existência de uma relação contratual, o consentimento não exige a forma escrita, mas, em assim sendo, deverá haver cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. Também, o consentimento não pode ser obtido pela omissão do titular, isto é, não vale o ditado de “quem cala consente”. Somente há o consentimento a partir da disposição legal.

Por fim, cuidado especial deve ser dado quanto ao ônus da prova da validade do consentimento, que ficará sob responsabilidade do Controlador levantar a prova de tal permissão (Princípios da Responsabilização e Prestação de Contas – art. 6º, X).

2) Base legal do Legítimo interesse: Para Teffé (2020, p. 13), “é hipótese legal que visa a possibilitar tratamentos de dados importantes, vinculados ao escopo de atividades praticadas pelo controlador, e que encontrem justificativa legítima”.

De pronto, observa-se que a base legal é reconhecida no escopo de atuação do Controlador ou de terceiros, e não do Titular de dados, como é a base legal do consentimento. Porém, não há que se falar em amplitude total de poderes do Controlador, sendo que as expectativas do titular terão peso muito relevante no tratamento dos dados,

observados ainda a sua finalidade, a necessidade e a proporcionalidade do uso dos dados.

De acordo ainda com Teffé:

Em muitas situações, pode ser desnecessário coletar novo consentimento para outros usos implícitos dentro de uma relação já preestabelecida. Além disso, quando o interesse for de terceiro, a base poderá ser aplicada em situações em que eles não tiverem meios para obter tal tipo de autorização ou se esse tipo de interação inviabilizar o próprio tratamento dos dados. (TEFFÉ, 2020, p. 15)

Evidentemente, não há que se falar em legítimo interesse do Controlador quando o tratamento for coberto por um alto grau de invasão ou escopo genérico. Isto é, não há como justificar o tratamento com base em situações amplas de interesse do Controlador, destoando da própria finalidade do tratamento;

O legítimo interesse do Controlador deverá ser identificado para situações concretas, que respeitem as legítimas expectativas do titular de dados. É necessário realizar esse balanceamento entre o interesse do controlador e as expectativas do titular de dados;

O Controlador também deverá se responsabilizar pela garantia da proteção do exercício regular dos direitos do titular ou a prestação de serviços que gerem benefícios ao mesmo, respeitados seus direitos e liberdade fundamentais;

O Controlador, ao fundamentar seu tratamento de dados na base legal do Legítimo Interesse, requer atenção a algumas considerações dispostas no Art. 10 da LGPD, em especial, quanto ao tratamento para finalidades específicas (não genéricas) e legítimas, consideradas a partir de situações concretas, dentre elas (incisos I e II):

- apoio e promoção de atividades do controlador; e
- proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

Aplica-se ao tratamento descrito no Art. 10 os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência. Assim, não basta o Controlador afirmar que há o legítimo interesse; ele deve explicitar que o tratamento é lícito, justo, na medida necessária e associado à finalidade de seu negócio, de forma clara e precisa ao titular de dados pessoais;

Conforme Teffé, são exemplos de aplicação da base legal do legítimo interesse:

O tratamento de dados pessoais estritamente necessário aos objetivos de prevenção e controle de fraudes ou para garantir a segurança da rede e da informação nos sistemas informáticos de determinada instituição; b) fornecimento de imagens de câmeras de segurança para fins de seguro; c) segurança e melhoria de produtos e serviços; d) tratamentos de dados de empregados para programas de retenção de talentos e iniciativas de bem-estar; e) no caso de uso de dados por uma empresa para fazer ofertas mais adequadas e personalizadas a seus clientes, usando apenas os dados estritamente necessários para tal; f) envio de e-mail com descontos específicos para os produtos buscados por determinado usuário ou com indicações de compras, tomando como base seu histórico de compras; g) lembrar ao usuário que ele deixou itens no carrinho online, mas não finalizou a compra; e h) reunião de informações sobre determinado candidato em processos seletivos. (TEFFÉ, 2020, p.15)

Quanto ao tratamento de dados sensíveis, não há que se falar em base legal do legítimo interesse, devendo ser observadas as possibilidades do art. 11, como o tratamento para a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, e o exercício regular de direitos em contrato;

De forma sistematizada, podemos visualizar a base legal do legítimo interesse de 3 formas: a) base legal (art. 7º, IX), b) Pressupostos de aplicação (art. 10) e documentação no registro de operações de tratamento (art. 37); Ressalta-se a obrigação, quanto aos dados de usuários menores de idade, o disposto nos artigos 7º e 11 da LGPD, sendo recomendável, em regra, que na hipótese do titular menor de 16 anos completos, seja obtido o consentimento dos pais ou responsáveis, na inscrição do processo seletivo e no ato de matrícula do aluno.

Ainda, quanto às bases legais previstas na LGPD:

As bases legais para a coleta dos dados supracitados encontram respaldo, em um primeiro momento, na **execução de contrato** de prestação de serviços educacionais. Segundo esta base legal, podem ser tratados dados pessoais quando a finalidade for a de permitir a execução de um contrato no qual o titular de dados é titular e possui interesse no adimplemento do contrato pelas partes, à realização das prestações e contraprestações nele previstas (artigo 7º, V da LGPD). Em determinados casos, a vinculação **pode exigir também que sejam coletados e tratados dados sensíveis** dos alunos titulares. Cita-se o exemplo da coleta de informação sobre a condição de portador de necessidades especiais, que é dado sensível, uma vez que se refere à saúde do titular. (FGV, 2023, p. 27, grifo nosso)

Considerando as duas bases legais do Legítimo Interesse e do Consentimento, seguem-se algumas diretrizes para sua adoção:

- a. A legitimidade do interesse (Art. 10, caput e inciso I) funda-se na verificação de uma finalidade legítima, isto é, lícita, ajustada e proporcional da Empresa X. É fundamental que exista uma situação concreta onde se dê o tratamento de dados, não sendo aceitas situações genéricas, abstratas ou futuras. Assim sendo, não pode a Empresa X fundamentar o tratamento de dados pessoais no legítimo interesse ao afirmar que “queremos oferecer um melhor serviço”. Nesse caso em específico, não há algo mensurável pelo titular, o qual possa se beneficiar, de fato, com o tratamento de seus dados pelo controlador. Não pode a Empresa X simplesmente realizar a coleta com “propósitos acadêmicos” ou de “relações de emprego”.
- b. Ultrapassada a barreira da finalidade legítima, verifica-se a necessidade (Art. 10, § 1º), onde deve ser buscada a minimização dos dados pessoais, com a utilização menos intrusiva possível, limitando-se ao uso apenas daqueles dados pessoais estritamente necessários à finalidade esperada. Deve-se evitar dados em excesso e/ou incompatíveis com o tratamento de dados. Por fim, é importante verificar se outra base legal do Art. 7º seria mais pertinente, em virtude do que já foi exposto neste documento: a ampla margem de interpretação da base legal do legítimo interesse do controlador e possíveis fragilidades nesse tratamento alvo de questionamentos judiciais pelo titular de dados pessoais
- c. Em seguida, A Empresa X deverá operar um balanceamento (Art. 6º, I, 7º, IX, e Art. 10º, II) entre os interesses legítimos do controlador e as legítimas expectativas do titular de dados pessoais. É necessário verificar se: (i) a existência de uma relação pré-estabelecida com o titular do dado de onde se possa concluir uma possível expectativa sua; ou (ii) se o homem médio, no

contexto do tratamento dos dados, poderia vislumbrar que seus dados poderiam ser tratados para as finalidades para as quais os dados foram coletados.

- d. Por fim, e não menos importante, a Empresa X deverá adotar ações de salvaguardas (Art. 10, § 2º e § 3º), constituindo de medidas de proteção para o cumprimento dos direitos dos titulares de dados, de modo a se evitar eventual uso indevidos dos mesmos. Nesse mesmo sentido, a implementação de ações que forneçam maior transparência ao titular de dados é importante para demonstrar a boa-fé e clareza sobre como é feito o tratamento dos dados, dando-lhe um mecanismo mínimo de oposição (*opt-out*) ao tratamento realizado. Quando envolver principalmente dados sensíveis, medidas de mitigação de riscos de danos ao titular devem ser tomadas, como por exemplo, anonimização, pseudoanonimização e controle de acesso aos dados de forma segregada.

No caso em tela, a partir das considerações sobre bases legais da LGPD acima discutidas, entende-se que a Empresa X deverá fundar o tratamento de dados pessoais coletados em conformidade com os artigos Art. 7º, incisos: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular, em especial quando se tratar de dados de menores de idade (art. 14 da LGPD); II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, permeando fase contratual com usuários externos e parceiros de negócio, até regulações oriundas do MEC ou previdenciárias/trabalhistas de seus funcionários, por exemplo; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados, seja para tratar de questões pré-contratuais (inscrições ou matrículas) ou mesmo para procedimentos financeiros (cobrança bancária) e, ainda contratos de trabalho de funcionários;

4.1 LGPD E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A LGPD abordou, de forma especial, os dados pessoais de crianças e adolescentes. Tendo em vista sua hipossuficiência, de forma correta aponta critérios rigorosos para tal tratamento, sem prejuízo da aplicação de outras normas especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) - ECA.

Assim, torna-se ímpar fundar-se no Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002) e na Constituição Federal a respeito da capacidade civil de crianças e adolescentes, os quais permitem uma diferenciação na capacidade civil e que buscam o equilíbrio na proteção dos mais jovens com a autonomia gradual concedida aos indivíduos ao longo de seu desenvolvimento, refletindo os valores sociais e jurídicos presentes no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, dentro do escopo de atuação da LGPD, ANPD3 explica que:

Em relação ao tratamento de dados pessoais de **crianças e de adolescentes**, a LGPD, em seu capítulo II, destina seção específica para o tema, da qual destacamos os seguintes dispositivos:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu **melhor interesse**, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. (ANPD3, 2023, p.6)

Um ponto interessante abordado por ANPD3 refere-se ao escopo de aplicabilidade do art. 14 e seguinte em comparação com o art. 7 e 11 da mesma LGPD.

Veja-se:

Em acréscimo à determinação de que seja observado o princípio do melhor interesse, o §1º do art. 14

estabelece que o tratamento de dados pessoais de crianças deve ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Este dispositivo **suscita dúvida quanto à aplicabilidade das demais hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11** da LGPD a esse tipo de tratamento, a exemplo de realização de estudos por órgãos de pesquisa, execução de contrato, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro e interesse legítimo. Ademais, ao delinear os contornos do consentimento, **o §1º do art. 14 se refere apenas ao tratamento de “crianças”, enquanto o caput do mesmo artigo também se refere aos “adolescentes”, o que pode suscitar dúvida quanto à sua abrangência e às suas implicações.** Por sua vez, o §3º do art. 14 autoriza a coleta de dados pessoais de crianças sem o consentimento previsto no §1º em apenas duas hipóteses: (i) quando for necessário para contatar os pais ou o responsável legal; ou (ii) para a proteção da criança. Em qualquer caso, **é vedado o repasse dos dados a terceiros sem o consentimento previsto no §1º do art. 14.** (ANPD3, 2023, p. 8, grifo nosso)

Diante do exposto, pode-se concluir que, quanto ao tratamento de dados pessoais na LGPD:

1. estabelece diretrizes importantes para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Assim, o processamento dessas informações deve ocorrer com especial atenção e consideração à vulnerabilidade desse grupo. No caso tem tela, trata-se de aluno adolescente, que fará acesso aos conteúdos educacionais e deverá realizar matrícula em cursos, sendo necessária à coleta de dados pessoais para tal;
2. determina que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ser realizado

- com o consentimento específico e inequívoco dos pais ou responsáveis legais. No caso em estudo, a Empresa X deverá adotar medidas para garantir que a linguagem utilizada nas políticas de privacidade seja compreensível para esse público. A Empresa X deverá estabelecer medidas específicas para garantir a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, reconhecendo a necessidade de consentimento específico e esclarecido dos responsáveis legais para qualquer processamento dessas informações. Além disso, a LGPD destaca a importância de adotar medidas de segurança apropriadas, visando resguardar a privacidade e a integridade dos dados dos menores;
3. atenta para a proibição de coleta de dados pessoais de adolescentes para a oferta de produtos ou serviços, como jogos online, sem o devido consentimento dos responsáveis. Isso visa proteger a privacidade e a segurança dos menores, prevenindo o uso indevido de suas informações. É o caso, por exemplo, da realização de atividades *gameficadas* pela Empresa X, as quais poderão intercambiar dados entre grupos de alunos;

Assim, considerando o tratamento de dados pessoais de adolescentes realizado pela Empresa X, caberá a ela observar as orientações dispostas em ANPD3(2023):

Diante dessas determinações legais e das dúvidas correlatas no que tange às hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, podem ser identificadas ao menos **três interpretações relevantes**, quais sejam:

- (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme art. 14, §1º da LGPD,

como **única hipótese legal** para o tratamento de dados pessoais de crianças;

(ii) a **aplicação exclusiva** das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e

(iii) a **aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11** da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse. (ANPD3, 2023, p. 9, grifo nosso)

Pelo exposto acima, e considerando o modelo de negócio da Empresa X, entende-se que a melhor opção seria a aplicação mais restritiva num primeiro momento, considerando a única hipótese de aplicação do art. 14 da LGPD. Claro que, num momento mais maduro do negócio, a partir de experiências coletadas com seus usuários adolescentes, cabível seria uma ampliação dessa hipótese conforme arts. 7 e 11.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar a relação consumerista nos serviços prestados pela Empresa X. Assim, deve-se considerar a base legal da Proteção do Crédito da LGPD (art. 7º, X) em perspectiva Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/1990), Lei do Cadastro Positivo (LCP – Lei 12.414/2011) e LGPD (Lei 13.709/2018), com ênfase em metodologias de análise de crédito.

Por exemplo, o CDC, que em seu art. Art. 4º descreve:

A Política Nacional das Relações de Consumo” tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da

proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com **base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**; (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Já a LCP claramente faz um alinhamento com aquilo que prevê a LGPD (Princípio da Necessidade), quando em seu art. 3º, § 1º estabelece que “Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado” (BRASIL, 2011).

5. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Conforme disposto no art. 5, XVI, da LGPD define-se uso compartilhado de dados como:

(...) comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados. (BRASIL, 2018)

A LGPD ainda estabelece diretrizes esparsas sobre o compartilhamento de dados, como o art. 7, III, § 5º e art. 26 (Poder Público), art. 11, II, b, § 3º e §5º, art. 26, dentre outros. Claramente a LGPD aponta para o rigor a ser adotado para tal.

No contexto de uma Instituição de Ensino, FGV aborda alguns aspectos gerais, aplicáveis ao ambiente de negócios da Empresa X:

Há uma série de compartilhamentos de dados pessoais feitos internamente, isto é, entre áreas das Instituições de Ensino Superior, que são necessários para a execução do contrato de vinculação estabelecido entre o aluno e as IES. Nesse sentido, tem-se que muitas vezes o compartilhamento interno é necessário para que o próprio aluno desenvolva sua jornada acadêmica dentro da instituição. Por exemplo, dependendo da instituição, pode ser indispensável que o candidato tenha seus dados compartilhados com as portarias, para que este tenha acesso aos prédios da IES. Este tipo de **compartilhamento está autorizado pela LGPD, sendo aplicável a base legal do Art. 7, V, LGPD**, que é a de execução de contrato. O **compartilhamento também é viável nas hipóteses em que exista uma obrigação legal que respalde a necessidade** do compartilhamento de determinados dados pessoais, seja interno ou externo, incidindo a base de cumprimento de obrigação legal ou regulatória (Art. 7, II, da LGPD) pela IES. Assim, quando o compartilhamento for necessário para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pela IES, não é necessária a obtenção de consentimento ou de outra base legal. Nesta categoria se enquadram algumas **obrigações de enviar dados ao MEC**, que são estabelecidas em legislação específica. (...) Nos casos de compartilhamento que não sejam necessários à execução de contrato firmado entre IES e aluno, e que não sejam realizados para cumprir obrigação legal ou regulatória, é necessária a obtenção do **consentimento** (Art. 7, I, LGPD) do aluno para a realização deste tratamento, observados todos os cuidados relacionados ao compartilhamento consentido, que foram discutidos anteriormente

no item “Compartilhamento”. (FGV, 2023, p.31, grifo nosso)

Sendo assim, a Declaração da Política de Privacidade e Proteção de Dados da Empresa X deverá considerar que:

- o processo de compartilhamento deve basear-se em fundamentos legais específicos, como o consentimento do titular ou a necessidade para a execução de um contrato ou obrigação legal;
- é essencial que adote medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteger os dados durante o compartilhamento, assegurando a confidencialidade, integridade e disponibilidade das informações;
- a transparência é um pilar central, exigindo que os titulares sejam informados de maneira clara e acessível sobre os propósitos do compartilhamento, os destinatários dos dados e os meios utilizados para garantir sua segurança;
- seu Relatório de Impacto à Proteção dos Dados Pessoais (RIPD), conforme disposto no art. 5º, XVII, art. 10, § 3º e, em especial, o art. 38, dispondo que:

A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore **relatório de impacto à proteção de dados pessoais**, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o **relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e**

mecanismos de mitigação de risco adotados (LGPD, 2018, grifo nosso).

Por fim, mas não menos importante, cumpre ressaltar a importância da existência de instrumentos para que se possa disponibilizar e alterar a Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados para o público-alvo. Nesse sentido, a conformidade com LGPD pode ser assegurada por meio da implementação de instrumentos específicos para disponibilizar e alterar a Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados. Isso inclui a utilização de plataformas de gestão de privacidade, sistemas de controle de versões para documentação e mecanismos de consentimento explícito dos usuários para atualizações na política. Essas ferramentas possibilitam uma administração transparente e eficaz das políticas de privacidade, garantindo conformidade contínua com os requisitos da LGPD.

No caso em estudo, a Empresa X poderá oferecer sítios em suas páginas web onde sejam apresentadas as informações necessárias a seus usuários quanto a políticas, mecanismos de segurança, bases legais em conformidade com a LGPD para o tratamento de dados pessoais, atividades de coleta e tratamento de dados pessoais realizadas, canais de comunicação para que sejam recebidas e gerenciadas demandas dos usuários, além de explicar quais soluções técnicas são utilizadas do ponto de vista da segurança da informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto analisou algumas características de uma organização do setor educacional quanto ao tratamento de dados pessoais, a Empresa X, a qual utiliza plataforma tecnológica web para oferta de serviços, a qual visa proporcionar a realização dos cursos através de professores parceiros e afiliados que utilizam os serviços da plataforma, bem como realiza prospecção de alunos através de Site próprio, das redes sociais e envio de e-mail Marketing para todos os

alunos cadastrados na plataforma, bem como organizam eventos e palestras gratuitas para captar novos alunos.

Dentro desse contexto, foram levantados os aspectos normativos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13.709/2018 sobre as diretivas para tratamento de dados pessoais de todos os atores envolvidos no negócio, como alunos, funcionários, professores e parceiros de negócio. Mais especificamente, este artigo evidenciou a compilação e aplicação da Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados daquela organização, enfatizando seus princípios e aplicação de bases legais como fundamento de sua existência. O enfoque ocorreu sobre o Princípio da Necessidade, abordando quais são os dados que considere necessários para a finalidade do tratamento dos dados pessoais dos alunos cadastrados na plataforma em questão, bem como determinou, neste caso concreto, os direitos dos titulares de dados pessoais necessários para tratamento.

Importante atividade foi realizada para a definição das bases legais e finalidade do tratamento dos dados do cenário, abordando a existência de critérios para o tratamento de menores de idade na definição das bases legais da LGPD, além de terem sido abordados os requisitos de capacidade à luz do Código Civil Brasileiro.

Por fim, discutiu-se os requisitos legais, com base na LGPD, sobre o compartilhamento e transferência de dados pessoais, dentro do contexto da Empresa X considerada, bem como tais atividades de compartilhamento deverão estar previstas, quanto à publicidade e atualizações, na Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Siderly do Carmo Dahle de; SOARES, Tania Aparecida. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD no cenário digital. **Revista Perspectivas em Ciência da Informação**, v.27, n. 3, p. 26-45, jul/set 2022. Disponível em <https://www.scielo.br/j/pci/a/tb9czy3W9RtzgbWWxHTXkCc/>. Acesso em: 02.nov.2023.

ANPD. **Guia Orientativo sobre Segurança da Informação para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte**. Versão 1.0. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 21.out.2023.

ANPD2. **Nota Técnica nº 49/2022/CGF/ANPD**. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/nt_49_2022_cfg_anpd_versao_publica.pdf. Acesso em: 20.out.2023.

ANPD3. **Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes**. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/estudo-preliminar-tratamento-de-dados-crianca-e-adolescente.pdf>. Acesso em: 01.nov.2023.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10.nov.2023.

BRASIL. **Lei 12.414 de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 03.nov.2023.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 03.nov.2023.

FGV. **Guia de Proteção de Dados Pessoais** – Jornada Acadêmica Versão 1.0. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30875/fgvcepi_guia_dados_jornada_academica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01.nov.2023.

GOVERNO. **Guia de Boas Práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Disponível em https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_lgpd.pdf, Acesso em: 01.nov.2023.

SANTOS, Raquel. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Uma política pública regulatória**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas). 200 fl. Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília DF.

SERVIÇO GERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS - SERPRO. **Como elaborar uma política de privacidade aderente à LGPD?** Disponível em <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/elabora-politica-privacidade-aderente-lgpd-dados-pessoais>. Acesso em: 10.nov.2023.

TEFFE, Chiara Spadaccini de, VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Revista Civilista**, a.9, n.1, 2020. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510/384>. Acesso em: 05.nov.2023.