Ano 8, vol. 1

Revista Eletrônica

SUBSEÇÃO JOINVILLE

SANTA CATARINA



A Revista da Comunidade Jurídica da Subseção de Joinville
Gestão 2022-2024

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

ISSN 2178-8693
revista.oabjoinville.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Me. Adriano Selhorst Barbosa
Advogado OAB/SC nº 39.740

Ma. Ana Catarina de Alencar
Advogada OAB/SC nº 46.101

Dr. Cláudio Melquiades Medeiros
Advogado OAB/SC nº 13.210

Ma. Janaína Silveira Soares Madeira
Advogada OAB/SC nº 18.597

Ma. Maria de Lourdes Bello Zimath
Advogada OAB/SC nº 6.802

Me. Thiago André Marques Vieira
Advogado OAB/SC nº 31.164

CONSELHO DE PARECERISTAS

Bárbara Madalena Heck da Rosa - Secretária
Advogada OAB/SC nº 49.343

Carlos Henrique Ribas Pereira
Advogado OAB/SC nº 43.816

Bel. Jonathan Maicon Francisco

Jaqueline Kelli Percio
Advogada OAB/SC nº 39.168

Marina Du Bois
Advogada OAB/SC nº 56.869

Tamara Cristiane Geiser
Advogada OAB/SC nº 39.109

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

v.1 n.8 2022 – Joinville/SC

ISSN 2178-8693

Revista Eletrônica da OAB Joinville	Joinville	Ano 8, vol. 1	p. 1/399	2022

REVISTA ELETRÔNICA DA OAB JOINVILLE

Diretoria OAB Joinville (2022/2024)
Óliver Jander Costa Pereira - Presidente
Janaína Silveira Soares Madeira - Vice-presidente
Guilherme Aquino Reusing Pereira - Secretário-geral
Rafael Luiz Siewert - Secretário-geral adjunto
Kathleen Zago Appi Lótici - Tesoureira

Direção Geral
Janaína Silveira Soares Madeira

Coordenação da Revista Eletrônica OAB Joinville – Editora Chefe
Ana Catarina de Alencar

Editora Executiva
Marina Du Bois

Secretária
Bárbara Madalena Heck da Rosa

Desenvolvimento Web
Cristian Feldes

Contato
Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguaçú
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br

Revista Eletrônica da OAB Joinville [recurso eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville. - v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010)-. - Joinville: OAB Joinville, 2010-

Intermitente até 2011.
Interrompida em 2012.
Periodicidade semestral a partir de 2019.
Versão online disponível em: https://revista.oabjoinville.org.br/
Numeração alterada: ano 8, n.1, 2022
ISSN 2178-8693

1. Direito – Periódicos. 2. Advocacia – Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Santa Catarina. Subseção de Joinville.

CDDir 340.05

Elaborado: Bibliotecária Alessandra Mara Schroeder CRB 14/679

SUMÁRIO

EDITORIAL
Janaína Silveira Soares Madeira.....7

ARTIGOS

O ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA ADVOCACIA PREVENTIVA: COMPLIANCE COMO O INSTRUMENTO PARA O ADVOGADO PREVENIR CONFLITOS NAS EMPRESAS
Abigail Duarte dos Santos, Kamilla Buss Vicente e Eliezer José Bonan Junior.....8

DIREITO À SAÚDE DO PRESO: UM ESTUDO DA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL JOINVILENSE EM TEMPOS DE PANDEMIA
Alexandre Venturi, Brenda Emanuelli Andryeiak e Helena Schiessl Cardoso.....30

DIREITO DAS *STARTUPS*: A IMPORTÂNCIA DO ASSESSORAMENTO JURÍDICO PARA BLINDAR E ALAVANCAR SEU DESENVOLVIMENTO
Anneliese Regina Feiler, Felipe Gazaniga e Miguel de Souza.....49

A EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC NO AUMENTO DE ACORDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE JOINVILLE/SC
Ana Cláudia dos Santos Fernandes Koprowski.....58

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETROS DA ANÁLISE DE MÉRITO
Diego Machado Postai e Grasiela Grosselli.....74

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO
Eliete Elias Angioletti e Anna Lethicia dos Santos.....89

DIÁLOGOS MUNICIPAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO NÃO ADVERSARIAL: A AUTOCOMPOSIÇÃO INSTITUCIONAL NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS
Felipe Cidral Sestrem.....107

A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO SEGURANÇA JURÍDICA PARA *STARTUPS*
Letícia Eschenazi Coelho e Beatriz Regina Branco.....122

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: SANÇÕES PARA OS EMPREENDIMENTOS NO DESCUMPRIMENTO DA NORMA
Gabriela Ferreira de Oliveira e Beatriz Regina Branco.....141

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
Giovanna Gabriela Leite de Freitas e José Edilson da Cunha Fontenelle Neto.....158

DISCRICIONARIEDADE NOTARIAL: UM ESTUDO A PARTIR DA ATUAÇÃO DO TABELIÃO DE NOTAS
Gustavo Severien e Daniel de Oliveira.....174

AS REPERCUSSÕES DO *EXPOSED* FALSO E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA
Irion Vitor Campello e Waldemar Moreno Junior.....192

A LGPD E OS IMPACTOS NA RELAÇÃO CONSUMIDORES E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
João Carlos Fumagalli e Albano Francisco Schmidt.....206

MEDIDAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS: DIRETRIZES E LIMITES DE APLICAÇÃO
Julia Maria da Silva e Beatriz Regina Branco.....217

O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO PODER PARALELO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS
Júlia Maria de Moura e Frederico Wellington Jorge.....236

O PANORAMA LEGISLATIVO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS NO BRASIL: O CARÁTER DEFICITÁRIO DAS NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL PARA EXECUÇÃO DO PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS (PRAD)
Júlia Scholz Karl e Elidemar Moreira dos Santos.....255

A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK COMO ALTERNATIVA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES INFRATORAS NO BRASIL
Luiza David de Lima.....268

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL
Maria Eduarda Benkendorff Lischka e Luiz Gustavo Assad Rupp.....284

ESTUDO DE SEGURANÇA PÚBLICA EM JOINVILLE: UM OLHAR A PARTIR DA CRIMINOLOGIA DOS OUTSIDERS
Mayrene Yamê de Oliveira Vicente e Luana de Carvalho Silva Gusso.....299

EXTERMÍNIO E ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO JOVEM NEGRA FRENTE À LEI Nº 11.343/06
Natália Wierges de Freitas.....314

PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA APLICADA À ASSEMBLEIA GERAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS: Alterações propostas pela Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020
Poliana Pedroso Bellato.....326

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ALIENAÇÃO PARENTAL E O DEVER DE INDENIZAR
Roberta da Silva Lages Costa.....339

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES
Simone Aparecida da Veiga e Janaína Silveira Soares Madeira.....354

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE EM CONTRATOS TEMPORÁRIOS SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL DO TST
Thaina Aline Wehmuth e Luis Felipe do Nascimento Moraes.....371

EVOLUÇÃO DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL E NA ALEMANHA À LUZ DO DIREITO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS
Thaisa Toscano Tanus.....384

EDITORIAL

Em março de 2019 assumimos o desafio de retomar as publicações da Revista Eletrônica da OAB Joinville, que teve sua primeira publicação durante a gestão do Presidente Miguel Teixeira Filho, em 2010.

Felizmente, após abertura de edital para inscrições de advogados para compor o Conselho Editorial, diante da grande procura, foi possível a composição do corpo editorial e, também, de um Conselho de Apoio e Pesquisa. Assim, em agosto de 2019, o periódico voltou a ser publicado no formato digital, com periodicidade semestral, mantendo o escopo de estimular pesquisas sobre temas jurídicos relevantes, com a publicação de artigos, a fim de socializar o conhecimento produzido pela comunidade jurídica de Joinville e região, integrando os advogados e demais operadores do direito nas áreas da pesquisa e capacitação profissional.

À frente da Revista no triênio de 2019/2021, tenho muito a agradecer. Aprendi muito. A Revista galgou vários degraus, posicionando-se como um periódico respeitado em toda a comunidade de Joinville e região. Esta posição é fruto do trabalho de muitas pessoas que contribuíram para que a Revista chegasse no lugar em que se encontra hoje.

Antes de mais nada, quero agradecer à Maria de Lourdes Bello Zimath, Presidente da OAB/SC Subseção Joinville – gestão 2019/2021, que sempre esteve ao meu lado e acreditou no projeto e na sua possibilidade de êxito. Agradeço, também, ao Conselho Editorial e ao Conselho de Apoio e Pesquisa, que dedicaram horas de suas atividades à nobre tarefa de avaliar os artigos submetidos. O agradecimento maior vai para os autores: advogados, professores, acadêmicos de direito e de outras áreas afins, que enviaram seus artigos e confiaram na Revista, na sua qualidade e credibilidade junto à comunidade. Sem os artigos, a Revista não existiria.

O trabalho de coordenação editorial na Revista, com o acompanhamento de cada número publicado, que foi ganhando corpo e, ainda, irradiou na realização de outros projetos, como oficinas nas Semanas da Advocacia, Cafés Filosóficos e palestras, estimularam-me a aceitar os desafios de um novo futuro na ordem e, dessa forma, despeço-me do papel de Editora-Chefe.

Desejo à nova Editora-Chefe nomeada, a professora Ma. Ana Catarina de Alencar, e sua equipe, todo o sucesso, vigor no grande desafio em manter uma revista científica, com constância nas publicações e, ainda, êxito na efetivação dos projetos já aventados, como a avaliação da Revista no Qualis Capes e novas edições de Cafés Filosóficos.

Convido a todos a se aventurarem nesta jornada pelo sistema OAB, pois, a Ordem é um patrimônio da classe e da sociedade, que permite transitar por diferentes realidades, compreender o papel da advocacia em todos os seus espaços e atuar como vetor de transformação social para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Por fim, apresento a versão do primeiro volume do ano 8, da Revista Eletrônica da OAB Joinville e desejo a todos, ótimas leituras!

Janaína Silveira Soares Madeira
Vice-presidente da OAB/SC Subseção Joinville

O ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA ADVOCACIA PREVENTIVA: COMPLIANCE COMO O INSTRUMENTO PARA O ADVOGADO PREVENIR CONFLITOS NAS EMPRESAS

Abigail Duarte dos Santos[1]
Kamilla Buss Vicente[2]
Eliezer José Bonan Junior[3]

Resumo: A presente pesquisa teve como problema de pesquisa o fato de como a alta demanda no Poder Judiciário tem relativizado o direito de acesso à justiça, indicando a ferramenta de compliance como um possível instrumento de prevenção para o advogado estabelecer novos caminhos de acesso à justiça. A hipótese inicial foi a aplicação do compliance pelos advogados nas empresas, já que essas são responsáveis pela maior demanda de ações, desenvolveria prevenção de litígios, gerando a possibilidade do acesso à justiça antes mesmo da violação de um direito. Utilizou-se a metodologia dedutiva, a qual tem início em uma abordagem geral que demanda para uma específica. Concluiu-se que diante da possibilidade de identificações de possíveis riscos, danos ou ameaça ao direito, o advogado em aplicação da atividade preventiva, por meio da ferramenta do compliance, teria plena capacidade de possibilitar o acesso à justiça afim de evitar possíveis litígios, consequentemente, auxiliaria na diminuição da taxa de congestionamento do sistema judiciário.

Palavras-chave: Conflito. Prevenção. Advocacia. Compliance. Acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo ampliar o conhecimento acerca do acesso à justiça além daquele prestado pelo Poder Judiciário e demonstrar a importância da advocacia preventiva, mais especificamente, busca verificar a eficácia do método do *compliance* nas empresas, visando o aprimoramento do acesso à justiça e consequentemente a diminuição de processos em via judicial.

Dessa forma, discutir-se-á sobre a notoriedade da advocacia preventiva, em especial no ramo empresarial, busca-se verificar a advocacia preventiva como meio de garantir o acesso à justiça, uma vez que a cultura do litígio está arraigada no país.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como problema de pesquisa demonstrar a possibilidade de o *compliance* ser reconhecido como uma ferramenta do advogado na prevenção de conflitos nas empresas, além de ser uma forma de acesso à justiça.

A hipótese que se tem é, há realmente a possibilidade de considerar o instrumento do *compliance* como uma ferramenta de prevenção de conflitos nas empresas, para que assim seja efetivado o acesso à justiça por meio da advocacia preventiva, com o objetivo de evitar, mitigar, e precaver o risco que possa levar uma empresa a mais uma judicialização.

Por conseguinte, este trabalho tem como objetivo geral analisar o papel do *compliance* como ferramenta do advogado para a prevenção de conflitos nas empresas e como forma de garantir o acesso à justiça por meio da advocacia preventiva. Já os

1. Acadêmica de Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário; Rua Ministro Calógeras, nº 969, apartamento 101, Centro, CEP:89202-008, Joinville/SC; abigail.academicadireito@gmail.com; 47 99263-2030.
2. Bacharel em Direito; Católica de Santa Catarina Centro Universitário; Rua Marques de Maricá, nº 722, Vila Nova, CEP:89237-340, Joinville/SC; kamillabuss@gmail.com; 47 99724-9965.
3. Professor do Curso de Direito; Mestre; Católica de Santa Catarina; R. Visc. de Taunay, 456, Centro, Joinville - SC, 89203-005; eliezer.bonan@catolicasc.org.br; 47 98454-2045.

objetivos específicos são: a) abordar a “cultura do litígio” no Brasil; b) conceituar a função do advogado na justiça e seu papel na advocacia preventiva; c) conceituar o acesso à justiça; d) conceituar o instituto da prevenção de conflitos; e) abordar os riscos da atividade empresarial; f) conceituar o instrumento do *compliance*; e g) demonstrar o *compliance* como ferramenta de prevenção de conflito nas empresas para garantir o acesso à justiça por meio da advocacia preventiva.

A metodologia de pesquisa empregada neste artigo está baseada no método dedutivo, uma vez que o presente trabalho está partindo de uma abordagem geral para se chegar em uma abordagem específica. E para isso, tem-se como método de procedimento o monográfico, acerca das análises e estudos do *compliance* como uma forma de prevenir conflitos e consequentemente menos judicializações de ações perante o sistema judiciário.

Nesse sentido, portanto, a pesquisa está sendo construída por meio de uma análise básica e exploratória sobre o tema, abordando técnicas de pesquisas bibliográficas sobre o conteúdo, onde se estão analisando materiais já publicados e discutidos, como livros, artigos científicos, ordenamentos e sites jurídicos. Mas também, o uso da técnica documental, levando em conta a análise de legislações, com fulcro no entendimento do papel do *compliance* dentro das empresas, como uma ferramenta de prevenção de conflitos.

Ademais, a pesquisa inicia-se com uma abordagem detalhada da cultura do litígio extremamente presente no Brasil e a explicação do acesso à justiça em sua perspectiva tradicional e de uma nova perspectiva. Posto isso, diante do novo conceito de acesso à justiça, é trazido a ideia da prevenção de conflitos e seus efeitos.

Desse modo, discute-se sobre o papel do advogado em relação ao acesso à justiça e a advocacia preventiva como um aplicador da prevenção, e por fim é feita uma análise sobre os possíveis conflitos na atividade empresarial para que seja possível fazer um estudo acerca do *compliance*, como parte da advocacia preventiva, no âmbito da atividade empresarial.

1. A CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL

Comenta-se com frequência a respeito da cultura do litígio no Brasil, nesse primeiro momento, será exposto sobre o que versa essa cultura e acerca do que é conflito. Além disso, far-se-á exibição e análise dos anuários do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para que por meio disso, seja possível visualizar a problemática gerada pela cultura do litígio.

Desta forma, é importante compreender o conceito de conflito, pois é ele quem sucede a cultura do litígio. Mazzei e Chagas (2016) aludem que a globalização, a diversificação das relações sociais e a maior interação das pessoas ocasionam o surgimento de maior número de conflitos.

Na interação da sociedade há diferentes pessoas e diferentes pontos de vista, nesse sentido, Schwab e Marchetti Filho (2020, p. 25) dizem que o “conflito é entendido como um fato social, decorrente da divergência de interesses pessoais”. Por ser um fato social, na mesma perspectiva Vasconcelos (2020, p. 1) afirma que “o conflito é inerente às relações humanas”, e diz que os valores, interesses contraditórios, percepções, posições divergentes são a raiz do conflito.

Levando em consideração o aspecto do conflito ser algo inerente as relações humanas, é substancial abordar a diferença entre a cultura do conflito e a cultura do

litígio. A cultura do litígio é também conhecida como “cultura da litigância”, o seu escopo é que todo e qualquer conflito seja judicializado, consoante Salles (2006 *apud* AMARAL; COSTA; GAARCEZ, 2020, p. 7). Além disso, ela distorce e desenvolve uma anormalidade no conflito e é carregada de “força coercitiva e imperativa, fundada na lógica vencedor perdedor”.

Assim, é possível correlacionar a cultura do litígio com a demanda ampla e indistinta que causa uma situação delicada no judiciário, como bem apontou D’Oliveira, Mariane; Camargo; D’Oliveira, Marcele (2020), até mesmo a formação dos operadores do Direito no Brasil é voltada para a solução contenciosa e os meios alternativos de resolução de conflitos acabam sendo preteridos, como afirma Watanabe (2007 *apud* AMARAL; COSTA; GAARCEZ, 2020).

É notório um Poder Judiciário totalmente burocratizado no Brasil e que o litígio está extremamente arraigado em sua cultura. Na discussão sobre a cultura do litígio, Melo (2020) aponta o brasileiro como um povo que resolve seus conflitos, geralmente levando-os ao Poder Judiciário, já que, acreditam ser a única forma de alcançar o acesso à justiça.

Em consequência à cultura do litígio, o princípio do acesso à justiça fica limitado, e no momento que este princípio é referido, a primeira concepção é de um indivíduo propondo uma demanda judicial, como afirmam Cappelletti e Garth (1988 *apud* SCHWAB; MARCHETTI FILHO, 2020). Os números computados no site “Justiça em números” demonstram um crescimento gigantesco na judicialização dos conflitos. Em análise ao livro “Justiça em números”, à relação anual de 2020, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, foi possível notar a ultrapassagem do montante de 85 mil processos acumulados no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

Tendo como base as estatísticas do CNJ, segundo Salles (2006 *apud* AMARAL; COSTA; GAARCEZ, 2020), é possível perceber que há uma banalização do conflito, não que seja ilegítima a procura do judiciário quando necessário, no entanto, existe uma utilização desproporcional do direito, a qual tem sido motivada pela cultura do litígio.

No contexto da expansão do rol de direitos e garantias fundamentais, a partir da Constituição Federal de 1988, houve um crescimento das ações judiciais pois existia uma perspectiva quantitativa do princípio de acesso à justiça, e foi genuíno o texto constitucional, no período de estabilização do Estado Democrático de Direito, se empenhar em ampliar numericamente o acesso à jurisdição, conforme expôs Canotilho et al (2018).

Com a expansão dos direitos no ordenamento jurídico brasileiro a sociedade encontrou a oportunidade de assegurar seus direitos por meio de demandas judiciais, diante disso, a crítica levantada é “o brasileiro padece de demandalismo” afirma Nalini (2008 *apud* D’OLIVEIRA, MARIANE; CAMARGO; D’OLIVEIRA, MARCELE, 2020, p. 42119).

Não que o acesso à justiça tenha sido algo ruim, muito pelo contrário, os cidadãos receberam um instrumento para a efetivação de seus direitos, até mesmo Blanco Morais (2014 *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 303) aponta que o direito fundamental ao acesso à justiça é um “direito sobre direito”, pois é por meio dele que todos os outros são garantidos.

Por outro lado, D’Oliveira, Mariane; Camargo; D’Oliveira, Marcele (2020, p. 3) afirmam que “a judicialização de toda e qualquer litigiosidade acarretou o acúmulo processual”, de fato é notável a grande demanda de processos no Poder Judiciário. Por conta da cultura do litígio, tão presente no Brasil, há uma defasagem no acesso à justiça

que é garantido após um longo transcurso processual, e o princípio constitucional, por mais que ocorra, é obsoleto e defasado.

É notável que a cultura do litígio está enraizada no Brasil, Gajardoni et al. (2018, p. 11), trata dessa temática com uma crítica muito relevante, diz que o Brasil precisaria muito mais do que uma nova legislação processual, precisaria da instauração de uma nova cultura jurídica, pauta no diálogo, pacificação, prevenção de conflitos.

Como bem argumentam D'Oliveira, Mariane; Camargo; D'Oliveira, Marcele (2020) é romper com a cultura do litígio, se apropriar de prevenção e também resolver os conflitos sem movimentar a máquina jurídica, podendo ser resolvidos em vias extrajudiciais, apenas com o auxílio de algum advogado ou tabelião, por exemplo, afirma Melo (2020).

Percebe-se que, há uma importância na tarefa de extinção da cultura do litígio para que se possa efetivar os direitos por meios alternativos e distintos, como por exemplo, investindo no acesso à justiça na esfera extrajudicial, e não só em mecanismos de resolução, mas também de prevenção, para que conforme Cappelletti e Garth (1988 *apud* SCHWAB; MARCHETTI FILHO, 2020), o acesso à justiça seja garantido e não só um proclamador de direitos a todos.

Tendo em vista os aspectos apresentados, conclui-se que a realidade da cultura do litígio no Brasil é grande e a quantidade de demandas no judiciário comprova essa situação. Em consequência dessa cultura, por mais que exista o acesso à justiça, a demora torna-o inefetivo, por isso, é importante a ideia de implementação de métodos alternativos para que essa cultura venha ser cerceada do âmbito jurídico brasileiro e o acesso à justiça seja não só proclamado, mas garantido.

2. ACESSO À JUSTIÇA

Devido à positivação do acesso à justiça na Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que se trata de uma norma relativamente antiga. Dessa forma, com o passar dos anos é perceptível algumas mudanças em sua conceituação. Nesse tópico será abordado o conceito tradicional ou clássico do acesso à justiça, além de verificar que sua garantia, na visão tradicional, vem sendo prejudicada.

O direito de acesso à justiça, ou quiçá, o "direito de ir a juízo", conforme Didier Jr. (2019, p. 538) propõe, está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. O autor indica a ideia de que este direito pode implicar, também, no acesso à ordem jurídica, ou seja, o Poder Judiciário tem a responsabilidade de ser organizado para atender de forma adequada os interesses daqueles que precisarem dos seus sistemas.

Nessa perspectiva, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 853), ao falar de acesso à justiça remetem à proteção judiciária, e afirmam que essa proteção é feita mediante juízes e tribunais, demonstrando esse direito como a possibilidade de acesso ao judiciário. Além disso, conduzem o conceito de acesso à justiça uma "amplitude da prestação da tutela jurisdicional".

Esse direito, na perspectiva clássica é extremamente voltado para o acesso ao judiciário, ele objetiva assegurar um conjunto de garantias processuais e procedimentais, além do cunho organizatório, que já foi abordado acima, o qual visa a criação de organizações da estrutura judiciária, para que o acesso à justiça seja efetivo, Canotilho (*apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Há uma concepção da tutela jurisdicional, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), que o conceito de acesso à justiça associado possibilidade de exercer defesa de direitos, tanto individuais como coletivos.

Assim, resta dizer que já houve a violação dos direitos, e somente após essa violação ter ocorrido para que seja exercida a defesa deles, é que a proteção viria a ser requerida.

Demonstra-se mais evidente a concepção de proteção após a violação do direito, quando Cappeletti e Garth (1988, *apud* LARIUCCI, 2020) menciona a palavra "reinvindicação", diz não adiantar ter direitos se não for possível reivindicá-los. Ainda, para Cappelletti e Garth (2002 *apud* AMARAL; COSTA; GAARCEZ, 2020), o acesso à justiça é o meio pelo qual os indivíduos utilizam para reivindicar direitos e solucionar litígios perante o judiciário.

Em suma, a palavra 'reivindicar' fomenta a ideia de recuperar, e se algo precisa ser recuperado é porque foi perdido. Desse modo, como no ordenamento jurídico brasileiro a forma de reivindicar um direito é por meio do judiciário, Lariucci (2020, p. 41) deixa bem claro quando expõe que o direito de acesso à justiça consagra "o direito fundamental de ação e o princípio da inafastabilidade da jurisdição". Constata-se como ao pensar em acesso à justiça e consequentemente ocorre a busca do judiciário para assegurar outros direitos.

Em síntese, o direito ao acesso à justiça, em uma visão clássica, é justamente o "acesso do cidadão ao órgão do Estado", Lariucci (2020, p. 42). Embora seja um conceito valioso, pois de fato há determinadas situações que são fortuitas, o acesso à justiça tem se tornado um ingresso a uma justiça superficial, por conta da morosidade, aponta Dinamarco (2016 *apud* SCHWAB; MARCHETTI FILHO, 2020).

Diante do problema de afogamento do Poder Judiciário e o conceito de acesso à justiça estar se tornando um tanto quanto insuficiente, por conta da morosidade processual, D'Oliveira, Mariane; Camargo; D'Oliveira, Marcele (2020) afirmam que a prestação judicial se tornou rudimentar e de baixa qualidade, em comparação a sua importância social, política e legislativa.

Assim, por mais relevante que seja uma revolução, com o passar dos anos e circunstâncias, ela deixa de ser suficiente. Uma nova tecnologia, por exemplo, em algum momento será substituída por outra que se adeque melhor as novas necessidades demandadas pela sociedade.

Dessa forma, é importante que haja uma expansão no conceito do direito de acesso à justiça, mas que o valor da essência clássica de acesso à justiça mantenha-se ínsito.

2.1 Acesso à Justiça de Uma Nova Perspectiva

No tópico anterior foi demonstrado o conceito de acesso à justiça, o qual mostrou que há um certo desinteresse na busca de métodos de prevenção de conflito, mas que há uma grande ênfase no ingresso com ações, causa do aumento das demandas no Poder Judiciário. No presente momento, será abordado uma nova perspectiva de acesso à justiça sem fazer o uso da judicialização ou métodos de resolução, propriamente o acesso à justiça por meio da prevenção de conflitos.

Para muitos autores, em conformidade com o que já foi discutido, o acesso à justiça está muito preso àquela reivindicação através do Poder Judiciário, que apenas com a judicialização tem-se a garantia de uma efetividade da norma jurídica. Essa definição é de fundamental importância, porém, muitos doutrinadores não exploram um

conceito de acesso à justiça que não advém apenas da judicialização de processos no Poder Judiciário, conforme pensa Lariucci (2020).

Com o foco ajustado para a judicialização, a morosidade agravada, e a resolução da questão a ser resolvida gera vários danos aos envolvidos, e o acesso à justiça acaba se tornando uma "injustiça qualificada", discorre Barbosa (1947, *apud* LARIUCCI, 2020, p. 66). Por mais que a conciliação, mediação, justiça restaurativa tenham como objetivo desvincular a cultura do litígio e implementar o diálogo nas relações sociais a fim de mitigar possíveis litígios, elas ainda movimentam a máquina do judiciário.

Nesse sentido, os doutrinadores podem até abordar outros métodos alternativos de resolução de conflito, mas como bem afirmou Melo (2020, p. 26) "no Brasil mesmo quando há a utilização dos mais tradicionais métodos autocompositivos (mediação, conciliação), a máquina judiciária é movimentada", isso ocasiona uma sobrecarga dos tribunais e há uma crescente "percepção de que o Estado vem falhando no tratamento dos conflitos", Soares (2010 *apud* MELO, 2020, p. 21).

É indispensável observar uma nova perspectiva do conceito de acesso à justiça, pois a sociedade insta por um meio de resolver questões jurídicas, não necessariamente, por meio de métodos positivados. Diante disso, é importante propor um projeto sob a ótica dos meios alternativos para se alcançar a justiça, propõem Griebler e Porto (2020). Vale dizer que o Estado necessita traçar novos métodos de atuação perante o poder público a fim de evitar a morosidade e a barreira que percorre o direito de acesso à justiça.

Isso significa supor que o direito não precisa limitar-se ao uso do Poder Judiciário para solucionar litígios, conforme Moura (2021), visto que, a sociedade tem desacreditado do judiciário "os cidadãos já não acreditam como antes na capacidade do Judiciário de solucionar conflitos atendendo a uma concepção de jurisdição, vinculada aos valores da sociedade e, por isso, buscam alternativas para tratar seus problemas", aborda Soares (2010 *apud* MELO, 2020, p. 21).

Perante o exposto, a visão da nova perspectiva do acesso à justiça é o contrário do acesso ao judiciário, essa nova concepção tem como conceito central a prevenção de conflitos, e não uma tentativa de resolver após ter acontecido o litígio, aduz Melo (2020). O objetivo então é prevenir o conflito, é conceder e assegurar o direito de acesso à justiça por meio da prevenção, para que a sociedade possa experimentar novamente o efetivo acesso à justiça.

Com o intuito de assegurar essa efetividade, Cappelleti e Garth (1988, *apud* MOURA, 2021), dispõem que devem ter alterações perante o direito substantivo, dispondo de pessoas destinadas e capacitadas para solucionar problemas e evitar futuros litígios, como um suporte para a sociedade, auxiliando na prevenção de conflitos.

Nesse sentido, existem profissionais que já cooperam com a prevenção de conflitos, como os cartorários notariais e registrais, visto que, desempenham suas funções adequando as situações a instrumentos que produzem melhor efeito jurídico ao caso. E um determinado documento gerado é lavrado de fé pública que "funciona tal qual um instrumento de segurança e extensão dos direitos privados, acautelando eventuais litígios" (MELO, 2020, p. 79).

Além dos profissionais, é necessária uma mudança de cultura, a qual o indivíduo precisa sentir-se responsável em buscar o acesso à justiça com antecedência, prever possíveis desavenças e buscar encontrar uma solução. Dessa forma, o conflito que poderia ocorrer passará a inexistir, consideram essa percepção Griebler e Porto (2020) e Lariucci (2020).

Este ponto de vista é reafirmado, quando Vasconcelos (2020, p. 1), a partir de uma compreensão de como solucionar um conflito, afirma que, “a solução transformadora do conflito depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum”. Esse raciocínio torna-se um fundamento da nova perspectiva de acesso à justiça, visto que, diante do início de uma relação jurídica, as partes sejam capazes de reconhecer as diferenças existentes, os interesses comuns ou opostos, para alcançar um ponto em comum.

Vasconcelos (2020) também afirma que, a razão de muitos conflitos acontecerem é por conta da oposição de interesses, e, muitos deles devido à falta de conhecimento das partes sobre essas divergências. Entretanto, para que haja efetividade, no momento em que encontrar um ponto em comum que seja agradável para ambos, um compromisso deve ser estabelecido. A partir desse diálogo, haveria uma redução de eventuais ‘surpresas’, visto que, antecipadamente, os interesses opostos já teriam sido manifestos.

A conduta de estabelecer um diálogo entre as partes revela o conceito de processo construtivo recomendado por Melo (2020, p. 25), o qual prevê “métodos que conservam e fortalecem os vínculos sociais entre as partes”. Não obstante, é proposto a autocomposição, a qual permitiria manejar os interesses dos envolvidos para que fosse possível reestruturar as relações entre eles. É interessante propor que o processo construtivo seja integralmente acompanhado de profissionais capacitados para que as pessoas tenham pleno conhecimento dos direitos e problemas futuros que poderiam vir acontecer. Assim, o acesso à justiça por meio desses esclarecimentos poderia adequar melhor a relação jurídica.

No sentido da efetivação da perspectiva de acesso à justiça, a qual por meio de um diálogo orientado por um profissional capacitado, as partes apresentam seus interesses opostos, tomam conhecimento de seus direitos e também cedem alguns de seus interesses, visando a prevenção de um futuro conflito, percebe-se que não é algo simples. No entanto, há possibilidade de, por meios seguros, como por exemplo, os cartórios notarias e registrais, oferecer segurança jurídica e ainda ocasionar harmonia, fortalecer o vínculo social entre as partes, para chegar no resultado pretendido, o acesso à justiça por meio da prevenção (MELO, 2020).

Juntamente com o Poder Judiciário, a sociedade necessidade ser instigada à um novo modo de pensar, afirmam Griebler e Porto (2020), pois a nova perspectiva do direito de acesso à justiça de nada vale se não pode ser efetivada, tendo em vista que esse direito não significa apenas a judicialização da lide, posto aqui algumas formas dele ser alcançado.

Nessa senda, percebe-se que o direito de acesso à justiça vai além daquilo que muitos entendem como regra, visto que os direitos se moldam conforme a sociedade, e esse direito não seria diferente. Sendo assim, é importante analisar o acesso à justiça dessa nova perspectiva, com um novo olhar, constatar que existe algo a ser alcançado sem ser por meio da cultura do litígio tão arraigada no Brasil, prevenir eventuais conflitos e resolver o problema em sua gênese.

3. A PREVENÇÃO DE CONFLITOS

A nova perspectiva do acesso à justiça é um conceito relativamente recente, e o sentido de garantir esse direito por meio da prevenção traz a necessidade de conceituá-

la. Destarte, far-se-á a compreensão das fases do conflito, análise do conceito de prevenção e sua aplicação mediante um possível conflito manifesto.

Foi observado, como o sentido de solucionar conflito é quase que um sinônimo de acessar o Judiciário, e afirmam Mazzei e Chagas (2016) nesse mesmo sentido, equivalem o acesso ao judiciário como obtenção de justiça. Essa perspectiva demonstra uma deficiência no tratamento dos conflitos, e isto tem impulsionado o desenvolvimento da corrente de prevenção de conflitos.

Com objetivo de comprovar a existência desses 'sinônimos', Mazzei e Chagas (2016, p. 5), demonstram que essa visão de acesso à justiça, diante de uma lógica combativa, é ineficiente e que acaba sendo de certa formar incapaz de "tratar os conflitos apresentados pela sociedade", e claro, contribui "para ampliar a litigiosidade do ordenamento pátrio".

Diante de uma adaptação do conceito apresentado por Vasconcelos (2020), para o contexto jurídico, diga-se que, o conflito acontece pela diferença de interesses dentro de uma relação jurídica, e se não tratado leva a litigiosidade.

Nesse ínterim, torna-se indispensável compreender as 5 fases do conflito como explica Vasconcelos (2020), pois apenas diante dessa compreensão é que será possível aplicar a noção de prevenção ao mesmo. A primeira fase é chamada de latente, pois entre relações de um grupo e da sociedade sempre estará presente o conflito, seja qual for a temática, haverá diferenças.

A segunda fase, é nomeada por Vasconcelos (2020, p. 4) como início, pois passa a ocorrer a manifestação das diferenças, assim, essa fase "envolve a decisão de manifestar o conflito e interesses opostos e a consequente situação de instabilidade e incerteza".

No entanto, da análise da segunda fase do conflito, na qual ocorre a manifestação dos interesses opostos e eles tornam-se conhecidos, juntamente com o conhecimento torna-se factível o risco, o dano e uma possível ameaça a direitos. E, dessas três palavras, encontra-se objeto do princípio da prevenção, conforme Faria, Rosenvald e Peixoto Netto (2015). Sendo assim, verifica-se que a prevenção está diretamente ligada com uma certa probabilidade de que algo não desejado pode vir acontecer.

Já as três últimas fases apresentadas por Vasconcelos (2020, p. 4) "balanceamento de poder, equilíbrio de poder e interrupção do equilíbrio", tratam da administração dos interesses opostos e a necessidade de equilibrá-los por meio de estruturas ou processos institucionalizados, e não vem ao caso analisá-las.

Exposto o objeto da prevenção, é necessário abordar o seu conceito, é notável que esse princípio possui um destaque no Direito Ambiental, Sarlet (2021, p. 290), afirma ser "um dos princípios mais característicos", porém, no geral, já que as matérias do Direito conversam entre si, é possível de aproveitar algumas concepções reputadas no Direito Ambiental para o Direito Civil, Constitucional ou até mesmo Empresarial.

Assim, o princípio da prevenção corresponde a uma "antiga máxima de sabedoria" quando é afirmado ser 'melhor prevenir do que remediar', (SARLET, 2021, p. 290), dessa forma, a prevenção tem como objetivo antecipar a ocorrência de algum dano, para ser possível evitar que ele venha acontecer. Diante da pretensão de evitar a ocorrência de um provável dano, "o princípio da prevenção transporta a ideia de um conhecimento completo sobre os efeitos de determinada técnica e, em razão do potencial lesivo já diagnosticado, o comando normativo toma o rumo de evitar a ocorrência de tais danos já conhecidos", conforme Sarlet (2021, p. 291).

O sentido de tomar o rumo para evitar danos já conhecidos é muito característico das ciências biológicas, como por exemplo na medicina, pois, se é entendido que

determinado hábito pode levar à diabetes, é aconselhado que determinada pessoa dispense esse hábito, para que não venha sofrer com a doença futuramente. A consideração a se fazer é, após tantos processos, muitas vezes com raízes de conflito idênticas, vê-se que há possibilidade de diagnosticar o potencial lesivo em determinada relação jurídica, na intenção de poupar a ocorrência de danos já conhecidos.

Diante disso, o conceito de prevenção poderá ser aplicado nos casos em que o risco de dano for presente, evidente e real, trata-se de risco conhecido, como por exemplo, a venda de um imóvel na planta, necessariamente é preciso haver incorporação, e mais seguro se houver patrimônio de afetação, tendo em vista a probabilidade de risco iminente da obra não conseguir ser finalizada, (FARIA; ROSENVALD; PEIXOTO NETTO, 2015).

Além do princípio da prevenção, existe um outro conceito muito interessante, que também é muito presente no Direito Ambiental, chamado de princípio da precaução. Conforme Faria, Rosenvald e Peixoto Netto (2015) “ambos se manifestam na atitude ou na conduta de antecipação de riscos graves e irreversíveis”, mas a precaução aplica-se nas hipóteses de riscos prováveis, subjetivos que levam a um resultado mais gravoso e incontroverso. Dessa maneira “tem um horizonte mais abrangente, pois objetiva o uso de técnicas sob as quais não há um domínio seguro dos seus efeitos” como afirma Sarlet (2021, p. 291).

Mediante todo o exposto, é passível de realizar a aplicação do conceito de prevenção diante da segunda fase do conflito, onde ele é manifesto e as partes expõem os interesses opostos. Pois, nesse momento há necessidade da exposição pelo profissional capacitado do risco de dano presente, evidente e real, ou, a demonstração de riscos prováveis, subjetivos que levam a um resultado mais gravoso e incontroverso, antes que os interesses opostos sejam causadores de danos à uma das partes.

Prática essa incentivada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015), o qual dispõe em seu artigo 9º que “o advogado deve informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão”, cumpre ressaltar que é a adequação dos interesses opostos deve ser estabelecida sem que haja qualquer resultado lesivo para ambas as partes, (TARTUCE; NEVES, 2016).

Diante disso, é possível atuar com diligência em dois casos distintos, tanto em situações de probabilidades reais de dano, quanto em situações que são imprecisas, mas prováveis e subjetivas. A prevenção aplica-se através das probabilidades reais de acontecer eventual dano a fim de minimizá-lo ou erradicá-lo, e da precaução em uma probabilidade imprecisa, onde há dúvidas sobre determinada atividade, mas que “o momento da intuição do risco prefere ao momento da certeza do perigo”, conforme Faria, Rosenvald e Peixoto Netto (2015, p. 48).

Assim, a visão de solucionar o problema após sua ocorrência, que se trata de direito remediador, passa a ser substituída pela proteção de algo futuro, dispondo evitar a ocorrência do problema, do dano que se trata de direito proativo, na tentativa de desarraigar a resolução pós conduta danosa, (FARIA; ROSENVALD; PEIXOTO NETTO, 2015). Consequentemente, evento danoso que só poderia ser solucionado mediante judicialização é evitado por meio da prevenção, e o direito fundamental de acesso à justiça é mais efetivo para aqueles indivíduos que optam por aplicá-lo.

Nessa senda, a análise das probabilidades de risco, dano e ameaça à direito que advém dos interesses opostos, dentro de uma relação jurídica, pode ser evitado por meio da prevenção. Pois, por meio dela é possível minimizar ou erradicar danos que poderiam

apenas serem resolvidos judicialmente. Deste modo, a prevenção atua no momento da manifestação dos conflitos e anteriormente a transformarem-se em dano para as partes conflitantes, sendo possível assegurar o acesso à justiça antes de algum direito ser violado.

4. A FUNÇÃO DO ADVOGADO NO ACESSO À JUSTIÇA E SEU PAPEL NA ADVOCACIA PREVENTIVA

Visto que a cultura do litígio tem prejudicado o direito de acesso à justiça no Brasil e que a sociedade insta por uma nova forma de garantia desse direito, o princípio da prevenção é um método a ser considerado para atender esse pedido. No entanto, qual seria o profissional no meio jurídico que poderia promover essa nova forma de aplicação do método de prevenção? Nesse tópico, o advogado será observado no seu papel dentro da justiça, dois sentidos que a atividade advocatícia pode ter, tanto a litigiosa quanto a de consultoria, e qual mostrar-se-á mais adequada para o estímulo dessa nova realidade de prevenção.

O papel do advogado como um profissional indispensável para administração da justiça, é um conceito bem consolidado e quase que indiscutível no texto constitucional. Esse conceito surgiu em meados do ano de 2014 quando entrou em vigor a Emenda Constitucional N. 80, que alterou o capítulo IV que trata “das funções essenciais da justiça” na Constituição Federal de 1988. Fruto dessa alteração, decorreu a redação do Art. 133 da CF, que dispõe “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O ano de 2014 parece ser um tanto quanto recente comparado ao ano da Constituição Federal, no entanto desde 1994 a Lei Nº 8.906/94 em seu artigo segundo, já compreendia o advogado como substancial para o gerenciamento da justiça. Assim, verifica-se que a legislação já reconhecia o papel do advogado como um instrumento relevante, tanto é que a mesma lei também dispõe sobre as atividades da advocacia.

Ao abordar as principais características do Estado Democrático, Novelino (2017) destaca a jurisdição constitucional, pois por meio dela há efetiva garantia dos direitos fundamentais. Sendo assim, ao ponto que a jurisdição é característica de um Estado Democrático e o advogado é essencial para o gerenciamento da jurisdição, a atividade advocatícia é um instrumento para a efetivação da democracia e demais aspectos decorrentes dela.

O advogado como propulsor da democracia, na visão de Silva (2005, p. 596), além de ser um instrumento para administração da justiça, é também “um dos elementos da administração democrática da justiça”. Por conseguinte, Canotilho et al (2018, p. 2947) desenvolve uma reflexão acerca do tema, na qual ele afirma que a advocacia no Brasil é como uma “garantia da democracia consubstanciada na liberdade e igualdade por intermédio da máxima amplitude do contraditório e da ampla defesa ou do acesso ao Judiciário”.

Nessa senda, não há mais objeção, o advogado é elemento necessário para o funcionamento da justiça, conforme sustentado por Silva (2005). Como resultado desta certeza, se faz claro que no momento de exercer o papel de auxiliar da justiça, o profissional do direito também é capaz de dar efetividade, diretamente e indiretamente, a diversos direitos fundamentais.

Como já mencionado, no Brasil em 1994 foi instaurado o Estatuto da OAB, com esse advento “a advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de

postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas extrajudiciais", (LÔBO, 2020).

No entanto, por mais que haja a previsão da consultoria como atividade advocatícia, o profissional advogado ainda é visto como aquele que soluciona os conflitos entre relações sociais, humanas e negociais, apenas por meio do judiciário, ou seja, ele é a porta de entrada para o acesso à justiça, pelo meio tradicional, bem abordado no tópico três.

Essa visão é disseminada desde o momento da formação dos profissionais nas academias brasileiras de Direito, "a destinação predominante dos cursos jurídicos" é para atuação no litigioso, e essa postura é vista como um dos grandes males na formação jurídica, conforme Lôbo (2020) criticou. Mas, para que esse ponto de vista caminhe para mudança, é necessário que haja uma postura das academias, pois o campo consultivo do Direito precisa ser explorado, porém, ele requer habilidades em virtude da desjuridicização das atividades, as quais os cursos jurídicos deveriam levar em consideração, dispondo de grades curriculares voltadas também a prática consultiva.

Até mesmo Oliveira, Bruno; Oliveira, Maria (2020, p. 123) deixam evidente que se trata de um equívoco considerar que apenas por meio do ingresso ao Poder Judiciário ser possível garantir direitos advindos das relações jurídicas. E mais, afirmam que a advocacia amparada nesse modelo de atuação "está fadada a enfrentar sérias dificuldades".

Inclusive, não se pode desconsiderar a crise institucional vivida pelo Poder Judiciário, a qual tem-se um esgotamento da capacidade de solução eficaz dos conflitos, Oliveira, Bruno; Oliveira, Maria (2020, p. 123) apontam a problemática no momento que abordam as dificuldades que advocacia tributária tem enfrentado por conta desse esgotamento. Diante disso, remendam que os profissionais desenvolvam novos métodos de advogar, de preferência que "sejam mais eficientes e tragam retorno mais desejável, tanto ao cliente quanto ao próprio profissional".

Ainda assim, com as mudanças chegam novos desafios, e diante de uma sociedade emergida na cultura do litígio, uma das maiores dificuldades é com a ruptura do "padrão de atuação fundamentalmente litigiosa, pautada na condução única e exclusiva do litígio já judicializado".

Por isso, se faz necessário explanar a figura do advogado frente a atividade da prevenção, pois já se sabe que existe a possibilidade de prevenir eventuais riscos danos e ameaças à direitos antes que eles se tornem litigiosos, e dessa perspectiva, Lôbo (2020) apresenta duas formas de atuação extrajudicial, as atividades extrajudiciais de solução de conflitos e as atividades preventivas. A primeira é referente as formas alternativas de resolução de litígios existentes e a segunda de evitar o litígio.

Na atuação do advogado no meio extrajudicial de resolução dos conflitos, Vasconcelos (2018 *apud* GLÓRIA; LOPES, 2020 p. 287), constatou que em situações judiciais e arbitrais, a solução de conflitos já está perdida, uma vez que é visto com resistência a cada argumento da parte contrária, e o real objetivo das partes é esquecido. O método extrajudicial de resolução, não deixa de ser válido, mas como já abordado, "no Brasil mesmo quando há a utilização dos mais tradicionais métodos autocompositivos (mediação, conciliação), a máquina judiciária é movimentada" (MELO, 2020, p. 26).

Já com relação à segunda forma de atuação extrajudicial, que se trata da advocacia preventiva, é possível trazer a figura da advocacia consultiva, posto que esse profissional visa solucionar os problemas antes que eles surjam, ou seja, antes de se tornarem litigiosos, como mencionam Oliveira, Bruno; Oliveira, Maria (2020).

Da mesma forma, pode-se dizer que conforme o disposto no art. 3º do CPC/2015, o advogado tem o dever de estimular a solução de conflito, além de afastar futuros prejuízos aos indivíduos envolvidos. E a atividade consultiva visa justamente afastar os danos, riscos ou ameaça a direitos, Lôbo (2020) afirma:

> Os atos e contratos elaborados por mãos técnicas podem afastar prejuízos futuros. A tomada de decisões que consulte previamente os requisitos e condições legais reduz os riscos de erros e danos. No campo econômico, o advento da legislação protetiva do consumidor passou a valorizar a consulta jurídica para o fornecedor, antes de veicular alguma publicidade ou colocar no mercado algum produto ou serviço.

Nessa mesma perspectiva, Lôbo (2020) conceitua a função consultiva ligada ao aconselhamento, ou seja, o diálogo para evitar o litígio judicial. Diante disso, é percebido que a advocacia preventiva é o "contrário da curativa, ou de postulação em juízo, em que seus argumentos são *ad probandum*". Por mais incutida que seja a cultura do litígio na sociedade brasileira, as demandas crescentes de empresas, entidades, grupos sociais, pessoas físicas, enfim, geram a necessidade de um outro meio de acesso à justiça, que não seja somente o judiciário. Nesse caso, o advogado é "o profissional especializado, cuja assessoria ou consultoria é imprescindível, independentemente de mandado legal" (LÔBO, 2020).

Por meio dessa atividade consultiva é possível elaboração de contratos, sustentar decisões que podem afastar futuros litígios, pois diante de uma consulta é previamente estabelecido "os requisitos e condições legais" que poderão evitar e reduzir os riscos, danos e ameaças a direitos, por meio da elaboração de contratos e decisões que podem afastar futuros litígios, (LÔBO, 2020).

Os negócios jurídicos têm se tornado propriamente "regulamentos de conduta, muito comuns na atividade econômica, que convivem ao lado do direito estatal", Lôbo (2020) diz que esses negócios jurídicos ficam cada vez mais complexos, no entanto "não há obrigatoriedade de participação de advogados", porém seria de suma importância a participação deste profissional, pois isso implicaria a atuação de uma visão técnica dissipando problemas e litígios evitáveis.

Pois, o objetivo com advocacia consultiva não limitar a liberdade de exercício da atividade econômica, o objetivo é assegurar o direito antes de ele ser violado, aconselhando, assessorando, estabelecendo as melhores decisões a serem tomadas mediante conhecimentos jurídicos já obtidos, ou casos semelhantes que resultaram e determinado dano.

Diante de todo o exposto, levando-se em conta a função do advogado como elemento essencial para administração da justiça. Além disso, é um profissional que garante o acesso à justiça e diante da atividade consultiva e preventiva, assegura os direitos antes mesmo de serem violados e consequentemente coopera com a diminuição do número de ações litigiosas no Poder Judiciário.

5. POSSÍVEIS CONFLITOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Visto que a prevenção pode ser aplicada por um advogado, e por meio disso é possível garantir o acesso à justiça, antes de um direito ser violado, é de se pensar qual instrumento que o profissional terá de utilizar para conseguir colocar em prática. No entanto, há necessidade de fazer-se um recorte de uma das atividades que tem maior porcentagem de ações no judiciário, que no caso trata-se da atividade empresarial. Assim,

será observada as atividades empresariais que há hipóteses de riscos prováveis, subjetivos que levam a um resultado mais gravoso e incontroverso e nos casos em que o risco de dano for presente, evidente e real.

Primeiramente é importante destacar a pesquisa feita por Amaral, Yazbek Advogados (2016), conforme análise do Relatório Justiça em Números do ano de 2013 e 2015 do Conselho Nacional de Justiça, a qual apontou as empresas como responsáveis de 76% do volume de ações judiciais em trâmite, nessas ações as empresas são parte tanto ativa como passiva.

Existem áreas do Direito que fazem parte de atividade empresariais, dentre elas o Direito Civil, Direito Tributário, Direito Consumerista entre outras. Mas, para demonstrar alguns exemplos de atividades que podem causar algum risco, dano e ameaça a direitos, far-se-á um recorte dessas três áreas.

No âmbito do Direito Civil, da análise do Justiça em Números (2020), constatou-se que a matéria com maior percentual nas justiças estaduais são obrigações e espécie de contratos, com total de 2.227.212 das ações de 2020. Dentre as múltiplas espécies de contratos a mais comum é o contrato de compra e venda, ao se ater, por exemplo, a um contrato de incorporação imobiliária, conceituado por Paiva (2014, p. 76) como “uma forma de arrecadação de recursos por intermédio da alienação de imóveis antes que estes estejam construídos (futuras unidades imobiliárias)”. Nesse tipo de contrato é presente uma certa preocupação de que o valor pago será realmente utilizado na construção das edificações conforme contratado.

A má gestão dos valores recebidos pode levar a não concretização das obras, gerando grandes perdas, tanto aos compradores quanto aos incorporadores. Diante dessa situação, é importante trabalhar a conscientização de quão importante é estabelecer o patrimônio de afetação, que se trata de “um encargo que vincula certos bens a determinada destinação”, ou seja, vincula o “o acervo da incorporação à sua destinação peculiar, que é a construção da edificação e a entrega das unidades aos respectivos adquirentes”, (PAIVA, 2014, p. 109).

Com relação ao Direito Tributário, as ações com maior percentual foram as de dívidas ativas, com o total de 1.827.565 no ano de 2020, as dívidas decorrem do não pagamento do tributo, que pode decorrer de uma evasão fiscal ou do inadimplemento. Sabe-se que, o Estado como parte ativa sempre que conseguir irá instituir maior cobrança de impostos, ao contrário disso, o contribuinte que é a parte passiva, sempre que puder tentará pagar menos possível.

No entanto, na tentativa de reduzir a carga tributária, muitas empresas acabam cometendo ilícito, que são consideradas como evasão fiscal, Fernandes (2014, p. 53) conceitua da seguinte forma:

> Há condutas direcionadas à obtenção de economia fiscal que são expressamente reprimidas pelo ordenamento jurídico, ao ponto que para esses casos a própria lei imputa uma consequência drástica, nulidade do negócio jurídico, imputação de multas pecuárias ou até mesmo a privação da liberdade em casos tipificados criminalmente.

Diante disso, essa tentativa de redução da carga tributária a qualquer momento pode causar prejuízo muito maior ao contribuinte, por esse motivo é importante que haja um trabalhar no sentido de implementação do planejamento tributário, que se trata “de uma técnica de organização preventiva de negócios jurídicos”, que tem como objetivo a “obtenção de uma lícita economia de tributos”. Nesse compasso, atingindo o desejo do

contribuinte de ter “uma redução total da carga tributária, uma redução parcial da carga tributária ou a uma postergação dessa carga tributária”, conforme exposto por Moura (2009, p. 67).

Por fim, a de se falar do Direito Consumerista que totalizou o número de 2.295.880 no ano de 2020, e as matérias com mais incidência foram as de responsabilidade do fornecedor e indenização por dano moral. Nesse interim, é possível destacar as quatro “hipóteses de responsabilidade civil previstas pelo Código de Defesa do Consumidor: a) responsabilidade pelo vício do produto; b) responsabilidade pelo fato do produto ou defeito; c) responsabilidade pelo vício do serviço; e d) responsabilidade pelo fato do serviço ou defeito”, (TARTUCE, 2016, p. 127).

Com relação a responsabilidade pelo vício do produto, se trata de “existe um problema oculto ou aparente no bem de consumo, que o torna impróprio para uso ou diminui o seu valor, tido como um vício por inadequação”, (TARTUCE, 2016, p. 130). No entanto, muitas vezes não há como evitar esses danos, principalmente os vícios ocultos, mas o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de o consumidor relatar ao fornecedor o ocorrido, para que dentro do prazo de trinta dias seja solucionado o problema.

Porém, na maioria das vezes o fornecedor acaba negligenciando sua responsabilidade e com isso o consumidor ingressa em juízo para exercer seu direito, consequentemente, gerando a quantidade de ações conforme já destacado. Assim, é de suma importância conscientizar o fornecedor, de que com o ingresso em juízo o consumidor poderá eventualmente requerer também danos morais e o prejuízo para a empresa será muito maior.

Por isso, é muito interessante o fornecedor empenhar-se em resolver o dano antes da judicialização, até mesmo por possuir “a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso”, tem a capacidade de reconhecer se há possibilidade de conserto ou se realmente haverá a necessidade de trocar o produto ou até mesmo fazer a devolução do dinheiro, caso o cliente prefira, conforme destacou Lisboa (2005 *apud* TARTUCE, 2016 p. 42).

Diante de todo o exposto, é possível verificar que há atividades que são possíveis de prever riscos, e como há instrumentos já dispostos no ordenamento jurídico para serem aplicados, o que realmente falta é a quebra da cultura do litígio para que a prevenção possa aflorar dentro das relações jurídicas. Nessa senda, no próximo tópico será observado um dos instrumentos que justamente tentam implementar a prevenções dentro da atividade empresarial.

5.1 *Compliance* como Instrumento da Advocacia Preventiva nas Empresas

Diante de diversas situações apresentadas, é possível perceber que há na atividade empresarial uma oportunidade para aplicação do instituto da prevenção. Visto que o advogado em seu exercício de consultoria é um aplicador desse instituto, nesse tópico será apresentado o *compliance* como instrumento para que o profissional desenvolva a prevenção nas empresas, além de ser exposto o conceito deste instrumento.

Sob a perspectiva apontada por Cueva (2018, p. 56), o *compliance* caminha na contramão das tendências de imputação, pois objetiva comportamentos que deverão ser fiscalizados por terceiros, para que a “responsabilidade por infração de deveres” não seja mais “orientada para a proteção de bens jurídicos, mas para a proteção da vigência da

norma". Esse posicionamento cria uma política que prioriza a efetividade das normas para que o litígio e riscos sejam evitados.

Por esse motivo, o *compliance* é visto como uma prática que visa garantir a redução de perdas invisíveis que ocorrem dentro das empresas. Para o mundo executivo essa prática é uma ferramenta que tem sido essencial para tornar efetiva as legislações estabelecidas no ordenamento jurídico, e mais uma vez essa técnica reduz os prejuízos que as empresas possam sofrer, Perez e Brizote (2016, p. 8) também conceituam o termo *compliance* como:

> O termo "Compliance" tem origem no verbo em inglês "to comply", que significa "cumprir", "satisfazer", "executar", "realizar o que lhe foi imposto" com integridade, não obstante, compreende o dever de respeitar, de estar em "conformidade" e fazer cumprir regulamentos internos, externos, leis e diretrizes de mercado (regulação – fiscal-financeiro-contábil), com transparência e elevado valor ético, determinantes às atividades da organização empresarial.

Posto isso, pode-se dizer que o *compliance* é uma ferramenta de prevenção de conflitos que visa antever os problemas, possíveis riscos e solucioná-los antes mesmo que aconteçam. Tem-se assim o ponto de partida para a compreensão da função dos programas de *compliance*, acerca da função preventiva, Cueva (2018, p. 57) traz uma perspectiva muito expressiva para a questão da prevenção de conflitos:

> A função protetiva corresponde ao objetivo primordial dos programas de conformidade, ou seja, evitar infrações de regras por meio de medidas organizacionais preventivas. Procura-se proteger a empresa, administradores e os empregados de sanções civis, administrativas e penais. Com isso, a empresa tende a evitar não apenas ônus financeiros ou limitações às suas atividades, mas também danos à sua reputação.

Outro aspecto que se pode ressaltar da essência do *compliance*, ou seja, a sua função dentro de uma determinada área de atuação, é a redução de riscos. Conforme o Comitê de *Compliance* da ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais (2009), o *compliance* tem como escopo reduzir os riscos que eventualmente possam acontecer em uma relação negocial, a fim de disseminar a cultura do litígio e assegurar o devido cumprimento da norma institucionalizada.

Em virtude do que foi analisado sobre a atividade consultiva do advogado, sabe-se que a sua atuação extrajudicial pode estar relacionada à advocacia preventiva. E este profissional visa solucionar os problemas antes que eles surjam, ou seja, antes de se tornarem litigiosos, como mencionam Oliveira, Bruno; Oliveira, Maria (2020). Entre a advocacia consultiva e o *compliance* é possível encontrar a mesma justificativa de aplicação, a prevenção de danos, riscos ou ameaça a direitos.

Com relação ao profissional certificado em *compliance,* ele é considerado como auxiliar, essencial para administração e gestão da empresa, Perez e Brizote (2016). Nesse sentido, é possível fazer uma analogia da função deste profissional com o conceito, que já foi abordado e está estabelecido no art. 133 da CF (1988), a qual dispõe "O advogado é indispensável à administração da justiça [...]" ou seja, tanto aquele quanto este exerce papel de assessoria, assistência, colaboração, contribuição, cooperação, reforço, subsídio, dentre outros adjetivos que conduzem o devido funcionamento do espaço o qual exercem suas atividades.

A tradicional organização norte americana *Compliance Certification Board* (2019, p. 6), descreve o profissional de *compliance:*

> Um indivíduo que possui ativamente a certificação Certified Compliance & Ethics Professional-International (CCEP-I) ® é alguém com conhecimento dos regulamentos relevantes e experiência em processos de conformidade suficientes para ajudar as organizações a compreender e abordar as obrigações legais e promover a integridade organizacional por meio a operação de programas de conformidade eficazes. [4]

Por todos esses aspectos observados, é possível afirmar que um profissional da área do direito, além de possuir a mesma essência de um profissional do *compliance*, o advogado possui condições, por exemplo, para prestar assistência diante de questões jurídicas em qualquer negócio jurídico que a empresa queira firmar. Até mesmo pelo fato de que, "atos e contratos elaborados por mãos técnicas podem afastar prejuízos" e a tomada de decisões que previamente consultem os "requisitos e condições legais reduz os riscos de erros e danos", (LÔBO, 2020).

A função do advogado como um patrocinador dos negócios jurídicos, na visão de Canotilho et al (2018), é um papel imprescindível. Até mesmo pelo fato de que "os atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos) estão se tornando cada vez mais técnicos e complexos, em alguns casos parecendo verdadeiros códigos de direito e deveres", como bem aborda Lôbo (2020). Assim, por mais que não seja obrigatória a participação do advogado, é inevitável que ela ocorra por conta de tantas especificidades técnicas.

O advogado capacitado em aplicar o instrumento do *compliance,* não trabalha sozinho, pois seria impossível sua atuação dentro da empresa. Para haver desenvolvimento constantemente da prevenção, é necessário a conscientização daqueles envolvidos na empresa, para que procurem pelo profissional a disposição, pois se os indivíduos não seguirem os protocolos de risco o *compliance* não prospera. Sendo assim, nota-se que não basta investigar o problema e evitar sua concretização, a educação faz parte do processo para que esse sistema de prevenção se concretize dentro de uma empresa.

No Brasil, Diehl (2015) traz o problema da cultura enraizada do "jeitinho", ou seja, mesmo que existam normas, regulamentos e códigos de ética que preveem o *compliance*, sempre terá aquele indivíduo que deseja infringir as leis para evitar o seu cumprimento, por isso que a conscientização, a demonstração de quão demorado é o judiciário, os danos que podem advir de determinada conduta tornam-se essencial para a efetivação do instrumento do *compliance*.

Nessa perspectiva, Diehl (2015, p. 11) descreve algumas necessidades para a implementação do *compliance:*

> Em muitos lugares do mundo e, em especial no Brasil, tem havido uma demanda social por comportamentos mais éticos das pessoas e empresas. Para Biedermann, "ética é a base de tudo; sem ética não há o que falar em compliance". Para Rosa, são necessários códigos de ética nas organizações. Porém, o professor alerta: "Se não há um Código de Ética na organização, ou pior, se há um código, mas ele não é observado e respeitado, não há como implantar um 'programa' de Compliance".

4. *"An individual who actively holds the Certified Compliance & Ethics Professional-International (CCEP-I)® certification is someone with knowledge of relevant regulations and expertise in compliance processes sufficient to assist organizations in understanding and addressing legal obligations, and promote organizational integrity through the operation of effective compliance programs."*

Como bem afirmado não basta um Código de Ética, ele precisa ser observado e respeitado, não basta prever o risco, é necessário instruir a empresa e os funcionários de uma forma que entendam a importância da ética, da moral, do respeito, da integridade para que se haja um verdadeiro “espírito de equipe”, posto que sem a ajuda de todos os departamentos de uma empresa é ineficaz a implementação do programa de *compliance.*

É importante pontuar que, no Brasil a prática de *compliance* ainda está muito relacionada com a Lei de Anticorrupção Nº 12.846/2013, no entanto, a intenção nesse tópico é justamente trazer uma nova possibilidade, sem ater-se a Lei de Anticorrupção.

O objetivo é a prevenção de conflitos, conforme Weber (2017, p. 21) ao abordar o efeito do programa nas empresas norte-americanas afirma que “certamente conseguirão identificar/detectar as principais áreas de risco, envolvendo suas diversas operações”, e por isso, o próprio *compliance* implementado nas empresas é um meio de defesa sem a necessidade de intervenção do judiciário.

Diante de todo o exposto, o *compliance* pode ser compreendido como um instrumento para o advogado prevenir o conflito das empresas, assim, garante o acesso à justiça antes da violação de algum direito, consequentemente, as ações no judiciário passarão a reduzir. Com a prática da prevenção em evidência, a cultura do litígio começa a perder seu espaço, dando lugar ao desejo de garantir o direito antes mesmo de ele ser violado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos pôde-se perceber um aumento constante na entrada de demandas no Poder Judiciário, que é a causa de seu congestionamento, diante disso, o acesso à justiça foi relativizado pela demora. Nessa senda, o *compliance* pôde ser reconhecido como uma ferramenta do advogado na prevenção de conflitos nas empresas, possibilitando o acesso à justiça antes da violação do direito.

Por conseguinte, restou comprovado que a cultura do litígio no Brasil é responsável pela quantidade de ações nas vias judiciais, fazendo com que o acesso à justiça tradicional passe a ser insuficiente. Porém, através da abertura de horizontes para a nova perspectiva de acesso à justiça, percebeu-se que esse direito vai além da propositura de uma ação, passando a prevenir eventuais conflitos e resolvendo o problema antes mesmo violem direitos.

Na atividade empresarial, verificou-se a existência de atividades possíveis de prever riscos, e o *compliance* como um instrumento para os profissionais capacitados prevenir conflito das empresas. Diante da atividade do advogado através de sua atuação consultiva e preventiva, pode plenamente utilizar de seus conhecimentos jurídicos, e por meio do instrumento *compliance* assegurar o acesso à justiça e a prestação dos direitos antes de serem violados.

Frente a isso, a hipótese inicial do presente artigo foi confirmada, uma vez que foi constatado que o acesso à justiça vai além da judicialização de processos, e com o auxílio da advocacia preventiva o advogado pôde utilizar do método do *compliance* para prevenir conflitos na atividade empresarial e consequentemente prestar o acesso à justiça de uma forma mais célere além de diminuir o número de ações perante o sistema judiciário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Nilton César Antunes da; GAARCEZ, Tânia Regina Silva Gaarcez. A cultura da litigância e a autocomposição no Brasil. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, 2020. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7760493. Acesso em: 27 ago. 2021.

AMARAL, YAZBEK ADVOGADOS. **Custos das empresas para litigar judicialmente.** Curitiba: Amaral, Yazbek Advogados, 2016. Acesso em: 01 jun. 2021, disponível em: https://silo.tips/download/custo-das-empresas-para-litigar-judicialmente-3. Acesso em: 20 set. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS – ABBI. Documento Consultivo: **"Função de Compliance"**, 2009. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaodecompliance_09.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

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, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://b-ok.lat/book/5736993/0bc6fa. Acesso em: 24 set. 2021.

COMPLIANCE CERTIFICATION BOARD. Candidate Handbook. **Compliance & Ethics ProfessionalInternational (CCEP-I)®**. Disponível em: https://assets.corporatecompliance.org/Portals/2/PDF/CCEP-I/ccb-ccepi-handbook.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. **Demandas por classe e assunto.** Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 30 mar. 2021.

CONSERINO, Cassio Roberto. Poder geral de cautela, jurisdição preventiva e ativismo judicial. **Revista de Direito Penal e Processo Penal**, 2020. Disponível em: https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/article/view/1630. Acesso em: 06 ago. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Funções e finalidades dos programas de compliance**. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/211942273.pdf. Acesso em: 24 set. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2019. Disponível em: https://b-ok.lat/book/5713183/38ebd0. Acesso em: 12 set. 2021.

DIEHL, Carlos A. Compliance: prática confirma o valor da ética nos negócios. **Revista da Escola de Gestão e Negócios da Unisinos: Unibiz**, 2015. Disponível em: http://www.unisinos.br/revistaunibiz/wp-content/uploads/revista-unibiz-00.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana; D'OLIVEIRA, Marcele Camargo. Fomentando a cultura de não judicialização das litigiosidades através da mediação: uma práxis alternativa. **Brazilian Journal of Development**, 2020. Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/12452/10739. Acesso em: 27 ago. 2021.

FARIA, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3, Responsabilidade civil**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://br1lib.org/book/3706826/036168. Acesso em: 08 set. 2021.

FERNANDES, Bruna Oliveira. Planejamento tributário e a norma geral antielisiva. Mestrado em Direito, **dissertação** de mestrado, Pontifícia universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6605. Acesso em: 01 out. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença:** comentários ao cpc de 2015: volume 2 /. 2. ed. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: https://br1lib.org/book/5317820/80fa24. Acesso:10 abr. 2021.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. Belo Horizonte: 2020. Disponível em: revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8321/3973#page=121. Acesso em: 12 set. 2021.

GRIEBLER, Jaqueline Beatriz; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Direito Básico de acesso à justiça: uma análise do projeto formas alternativas de acesso à justiça, história e fundamentos. **Salão do Conhecimento**, UNIJUÍ, 2020. Disponível em: https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/18544. Acesso em: 29 ago. 2021.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

LARIUCCI, Helena Gonçalves. Acesso à justiça como direitos humanos de 2ª geração. **Dissertação** de mestrado em direito ciências jurídico-políticas, Universidade Portucalense. Portugal, 2020. Disponível em: http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/3612. Acesso em: 27 ago. 2021.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 13. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. Disponível em: https://books.google.com.br/books? https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GZHODwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=advocacia+preventiva&ots=4RXKwADgV1&sig=WSBq3S4b4zeZDINHg-3pXwdz7vQ#v=onepage&q=advocacia%20preventiva&f=false. Acesso em: 06 set. 2021.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Ensaio sobre a Postura dos Atores Processuais em Relação aos Métodos adequados de Resolução de Conflitos. In:

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Tricia Navarro Xavier (Coord.) **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Coordenação geral: DIDIER JUNIOR, Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em: https://br1lib.org/book/5349943/5d69b5. Acesso em: 27 ago. 2021.

MELO, Michelly Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça: mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais. Programa de pós-graduação stricto sensu em direito, **dissertação** de mestrado, Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/587. Acesso em: 27 ago. 2021.

MOURA, Diana da Cunha; O princípio da proporcionalidade, o planejamento tributário e a norma geral antielisiva. Programa de pós-graduação em Direito Constitucional, **dissertação** de mestrado, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009. Disponível em: https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=82268. Acesso em: 01 out. 2021.

MOURA, Gisele Luiza Soares. **O acesso à justiça e a celeridade processual:** o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11285/1/4%20-%20Cap.%201%20-%20O%20acesso%20%C3%A0%20justi%C3%A7a%20e%20a%20celeridade%20processual.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 12.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de; Maria das Graças Macena Dias de. Os novos desafios da advocacia tributária e a arbitragem fiscal em destaque. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. Belo Horizonte: 2020. Disponível em:

revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8321/3973#page=121. Acesso em: 12 set. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015**, de 04 de novembro de 2015. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, DF, 04 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085. Acesso em: 10 set. 2021.

PAIVA, Daniel Sousa. O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias como mecanismo de eficácia à defesa do direito fundamental social à moradia nas relações privadas. Programa de pós-graduação em Direito Constitucional, **dissertação** de mestrado, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2014. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_3a1cf556ec51b4efb251674a20581f3d. Acesso em: 01 out. 2021.

PERES, João Roberto; BRIZOTI, Nilson. **Guia Compliance**: fundamentos. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2016. Disponível em: https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/12/e-BooK-1-COMPLIANCE-Fundamentos.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Ambiental.** 2 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641161/cfi/6/10!/4/2@0:0. Acesso em: 10 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://br1lib.org/book/5287425/e9121c?dsource=recommend. Acesso em: 10 abr. 2021.

SCHWAB, L. C. P.; MARCHETTI FILHO, G. F. A cultura do litígio e a adequação dos meios de solução de conflitos sociais para a busca da pacificação social. Paraná: **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, 2020. Disponível em: https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/8255. Acesso em: 27 ago. 2021.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito material e Processual. volume único/ 5 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/. Acesso em: 27 ago. 2021.

WEBER, Mark Torronteguy Nunez. O programa de *compliance* e suas implicações no cerne da responsabilidade empresarial: estudo comparado Brasil versus EUA. Programa de pós-graduação em Ciências Criminais, **dissertação** de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6070302. Acesso em: 01 out. 2021.

DIREITO À SAÚDE DO PRESO: UM ESTUDO DA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL JOINVILENSE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Alexandre Venturi[1]
Brenda Emanuelli Andryeiak[2]
Helena Schiessl Cardoso[3] [4]

Resumo: O presente artigo teve como objeto de estudo a discussão acerca dos direitos à saúde do preso e a sua aplicabilidade no sistema prisional joinvilense. A hipótese inicial buscou a análise da efetivação ou não dos direitos do preso à saúde à luz dos reflexos da pandemia ocasionada pelo coronavírus na realidade do Complexo Prisional de Joinville, bem como a abordagem doutrinária acerca do tema. O estudo baseou-se no método dedutivo, partindo de uma abordagem que utilizou técnicas de pesquisa bibliográfica e empírica. Concluiu-se, então, que embora estejam sendo aplicadas medidas de enfrentamento à COVID-19 no âmbito estadual, problemas inerentes à preservação da saúde do preso, como a superlotação carcerária, se agravaram frente à calamidade pública ocasionada pelo coronavírus.

Palavras-chave: Direitos da pessoa presa. Análise doutrinária. Realidade do Sistema Prisional. Pandemia do coronavírus-19.Ações de combate.

INTRODUÇÃO

Frente ao contexto pandêmico, milhares de vidas foram afetadas pelo novo coronavírus. No sistema prisional, onde a população costuma ser alvo de negligência por parte do Estado, a realidade não poderia ser divergente, tornando-se imprescindível a investigação a respeito do impacto da COVID-19 no sistema carcerário nacional, especialmente no que diz respeito à saúde daqueles em situação de cárcere.

Nesse âmbito, leva-se em consideração o aprofundamento do quadro de pandemia nas unidades prisionais joinvilenses, diante dos desafios preexistentes e intrínsecos à saúde dos presos, uma vez que gera atenção ao fato do sistema carcerário de Joinville ser frequentemente noticiado em veículos de comunicação como referência de modelo de sistema prisional.

Para dialogar com essas questões, pretende-se elucidar os direitos do preso assegurados pela legislação brasileira, bem como sua abordagem nas doutrinas penais e constitucionais, com o intuito de delinear as hipóteses de (in)aplicabilidade dos direitos à saúde dos encarcerados nas unidades prisionais joinvilenses em tempos de desafios trazidos pelo coronavírus.

Entre outros objetivos, visa-se explorar as medidas e orientações de controle do coronavírus adotadas nos sistemas prisionais nacionais, especialmente aquelas empregadas nas unidades prisionais de Joinville, em Santa Catarina, e o impacto na efetividade de garantia ao direito à saúde dos presos.

Quanto à metodologia, a pesquisa estrutura-se no método dedutivo, partindo de premissas gerais para então concluir a respeito das situações específicas encontradas no campo de estudo. De igual modo, utiliza-se de técnicas de pesquisa bibliográfica e empírica que, respectivamente, têm como objetivo apurar obras sobre a pauta em

1. Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.
2. Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.
3. Doutora em Direito pelo PPGD/UFSC. Mestre em Direito pelo PPGD/UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Professora de graduação e Professora/Coordenadora de pós-graduação no Centro Universitário Católica de Santa Catarina.
4. A pesquisa contou com o auxílio da professora Dra. Luciene Dal Ri pelo que registramos nossos mais sinceros agradecimentos.

discussão e outras evidências trazidas a partir da coleta de dados, sendo ambas utilizadas como fonte fundamental de pesquisa para o presente artigo.

Denota-se, ainda, que o problema de pesquisa é centrado na (in)aplicabilidade do direito à saúde do preso no sistema prisional joinvilense, composto essencialmente pela Penitenciária Industrial e pelo Presídio Regional, tendo em vista o contexto de pandemia do COVID-19.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente artigo é analisar a efetivação do direito à saúde do preso no sistema prisional de Joinville, levando especialmente em consideração os reflexos da pandemia da COVID-19. Por fim, os objetivos específicos são delinear os direitos do preso na legislação, levantar as principais posições da doutrina constitucional e penal acerca dos direitos do preso, com especial enfoque no direito à saúde do preso e verificar o grau de efetivação do direito à saúde no sistema prisional, buscando compreender, sobretudo, o eventual impacto da pandemia da COVID-19 na saúde dos presos, bem como eventuais políticas públicas instituídas no âmbito prisional a fim de evitar a propagação do vírus.

1. A LEGISLAÇÃO E OS DIREITOS DO PRESO: A PRESERVAÇÃO FORMAL DA CIDADANIA

Na legislação brasileira, os direitos da pessoa presa estão previstos tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Como se demonstrará, o recluso é ser humano e, como tal, é portador de direitos e deveres.

1.1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição brasileira são resultantes de um processo de constitucionalização de direitos gerados a partir do tempo, em que as sociedades mundo afora buscam a limitação do poder estatal, visando à proteção de garantias individuais. Os direitos sedimentados na Constituição são necessários para assegurar a dignidade da pessoa humana:

> Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (BRANCO, 2020, p.136)

A partir do constitucionalismo moderno e, posteriormente, ao que chamamos de constitucionalismo contemporâneo, em que a noção de dignidade da pessoa humana passou a ser adotada como um princípio basilar da sociedade, com influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os direitos fundamentais – previstos na Constituição –, inclusive garantidos aos presos, surgem como forma de garantir a dignidade daqueles que têm sua liberdade suprimida pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana se mostra como um alicerce para as garantias dos reclusos e é uma forma de combater os abusos provocados pelo Estado e “compreende um valor essencial que é capaz de unificar todo o sistema normativo, assumindo um núcleo básico enquanto critério de orientação e compreensão do Constitucional” (NUNES; LEHFEL; TOMÉ, 2019, p. 3).

Assim, a dignidade da pessoa humana, aliada à característica universal dos direitos fundamentais, constitui forma de garantia dos direitos do preso, em busca de promover o bem de todos e construir uma sociedade justa, objetivos estes estampados no art. 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Constituição brasileira de 1988 contemplou aos presos garantias fundamentais, enunciadas no art. 5º, incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L, *in verbis:*

> XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. (BRASIL, 1988).

As garantias ali contidas se referem, precipuamente, à integridade do preso. A vedação às penas cruéis é forma de garantir que a pena aplicada ao indivíduo seja capaz de produzir o efeito esperado, efeito este previsto no Código Penal, no art. 59, qual seja, a imposição de sanção penal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Além dessas previsões, que se aplicam diretamente à pessoa presa, outras garantias também são asseguradas à população carcerária, uma vez que não perdem a qualidade de ser humano estampada no *caput* do art. 5º da Carta Maior. Assim, todas as garantias fundamentais e sociais – desde que não atingidas pela sentença penal condenatória – previstas no art. 5ª e 6º da Constituição Federal devem ser estendidas à pessoa presa.

Entre outros direitos, destaca-se: que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; a sujeição ao princípio da legalidade; a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a prestação de assistência religiosa; impetração dos remédios constitucionais para assegurar seus direitos; o relaxamento da prisão em caso de ilegalidade; a assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 1988).

O direito à saúde, malgrado previsto como direito social no *caput* do art. 6º da Carta Magna, está estruturado pelo art. 196, que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (BRASIL, 1988).Desse modo, o Estado deve fornecer, dentro do sistema carcerário, meios pelos quais a saúde dos detentos seja preservada.

Aliás, no âmbito do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal garantiu, por meio do *Habeas Corpus* n. 172.136 (BRASIL, 2020), de relatoria do Ministro Celso de Melo, a todos os presos do sistema carcerário, onde cumpria pena a paciente, o benefício do banho de sol, por pelo menos duas horas diárias, haja vista que, nos termos do acórdão, “a exposição solar é uma importante medida não apenas como forma de recreação e interação entre os presos, mas principalmente de preservação de sua saúde física e mental” (BRASIL, 2020, p. 40).

Dessa forma, como será demonstrado, o recluso conserva todos aqueles direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, eis que tal ato jurisdicional remove, tão somente e temporariamente, o direito de ir e vir do condenado, salvo os condenados à pena de multa. Portanto, “é preciso ultrapassar o entendimento desumano, que tem estado mais ou menos implícito no sistema, de que a perda da liberdade para o preso

acarreta necessariamente a supressão de seus direitos fundamentais" (NUCCI, 2014,p. 1111 apud FRAGOSO, 1980, p. 31).

As garantias fundamentais da pessoa presa inibem que o Estado aplique arbitrariamente penas cruéis, de forma a garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e eficácia da pena aplicada, capaz de reprovar a conduta do agente e, principalmente, prevenir o cometimento de novos crimes.

1.2 A Norma Infraconstitucional

Os direitos do preso não estão previstos tão somente na Constituição da República, mas também na legislação infraconstitucional. O preso é sujeito de direitos, haja vista não se tratar de um *alieni juris*:

> Foi-se o tempo em que a prisão deveria ser considerada como um suplício. A evolução da execução puramente administrativa para um processo jurisdicional passou a garantir a observância de direitos, mantendo a situação de cidadão do recluso. Portanto, é certo que atualmente o condenado que recolhido à prisão cumpre sua pena não só tem deveres, mas é também sujeito de direitos que terão de ser reconhecidos e amparados pelo Estado. Na correta formulação de Cuello Calón, o recluso não é um *alieni juris*, não está fora do direito, mas sim em uma relação de direito público com o Estado e, descontados os direitos perdidos ou limitados pela condenação, sua condição jurídica é igual à das pessoas não condenadas (La moderna penología, p. 262). (BRITO, 2020, p. 105)

A Lei n. 7.210/84 instituiu a Lei de Execução Penal (LEP), que dispõe acerca dos direitos e deveres do preso, além do regime disciplinar e os órgãos da execução penal. O art. 11 da aludida lei prevê que o apenado terá direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (BRASIL, 1984).

A assistência material se refere ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, nos termos do art. 12 da LEP. A saúde será de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. A assistência jurídica, embora já consagrada na Constituição Federal, encontra-se, também, prevista na LEP, que garante a assistência àqueles sem recursos financeiros, com direito à local apropriado para atendimento pelo Defensor Público (art. 15 e 16 da LEP). O preso terá direito à instrução escolar e a formação profissional (art. 17 da LEP). Por fim, a LEP consagra a assistência social, que tem por finalidade amparar o preso para prepará-lo para o retorno à liberdade (art. 22); e a assistência religiosa, com liberdade de culto, nos termos do art. 24 da LEP.

Além dessas garantias, o art. 41 declara que constituem direitos do preso:

> I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a

> cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1984).

Ressalta-se que os direitos enumerados neste artigo são meramente exemplificativos, uma vez que não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo que esteja privada de sua liberdade. Ainda, os direitos do preso merecem interpretação ampla, isto é, aquilo que não constitui restrição, é considerado direito seu (MARCÃO, 2019).

O trabalho interno e externo é um direito e, ao mesmo tempo, um dever do recluso que, conforme preceitua o art. 28 da LEP e o art. 39 do Código Penal, é tido como condição de dignidade humana e terá finalidade educativa e produtiva, bem como a garantia da remição da pena pelos dias trabalhados. Entretanto, embora consagrado pelo ordenamento jurídico, grande parte dos estabelecimentos prisionais não contam com vagas de trabalho para todos os detentos. Sobre essa realidade brasileira, Juarez Cirino dos Santos (2017) afirma que os direitos concernentes àqueles que vivem no sistema carcerário existem, mas ainda há uma imensa distância entre lei e realidade na execução penal brasileira.

Outrossim, o Código Penal estabelece, no art. 38, que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (BRASIL, 1940). Rogério Greco, quando se refere ao aludido artigo, ensina:

> Talvez esse seja um dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal. A pena é um mal necessário. No entanto, o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. (GRECO, 2017, p. 240).

Além dos direitos categoricamente previstos nos artigos supracitados da LEP, há, também, outras garantias que estão consagradas nos demais artigos espalhados pelo diploma legal, como, por exemplo, o direito à saída temporária, nos termos do art. 122 da Lei de Execução Penal, que garante que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, em determinados casos (BRASIL, 1984).

Quanto ao direito à saúde da pessoa presa, no âmbito infraconstitucional, além das disposições expressas na Lei de Execução Penal, tal garantia encontra amparo no Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, instituído pela Portaria n. 1.777/2003, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2003), objetivando a implementação de ações para o atendimento da população carcerária.

Considerando a pandemia mundial da COVID-19 e a vulnerabilidade daqueles que estão reclusos em ambiente superlotado, com pouca higiene, atos administrativos são expedidos pelo Poder Executivo como forma de minimizar o avanço da doença dentro do sistema carcerário, como por exemplo, em Santa Catarina, as diretrizes gerais impostas pela Secretaria de Estado da Administração Prisional, como forma de nortear a atuação de todos os agente públicos atuantes no Sistema Prisional e Socioeducativo Catarinense, frente à atual emergência de saúde pública que está sendo enfrentada em decorrência da Pandemia Coronavírus (SANTA CATARINA, 2020).

Em época de pandemia, o Judiciário lida com novos desafios referentes à manutenção do direito à saúde do preso. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça emitiu, em março de 2020, a Recomendação n. 62, que estabeleceu uma série de regras a serem adotadas pelos magistrados. Dentre elas, destaca-se as recomendações referentes ao grupo de risco: o CNJ orientou a adoção de regime menos gravoso que o fechado, bem como a antecipação das saídas temporárias. Ademais, o ato normativo recomendou a revisão das prisões preventivas e sua diminuição, a fim de evitar o aumento da população carcerária e, consequentemente, a disseminação do vírus (BRASIL, 2020).

Portanto, as normas infraconstitucionais buscam dar efetividade aos panoramas trazidos pela Constituição Federal, de modo a tornar efetivas as garantias contidas na Lei Maior, assegurando aos presos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória.

2. A DOUTRINA E OS DIREITOS DO PRESO

Para fins acadêmicos, é imperioso observar o modo pelo qual as doutrinas constitucionais e penais mais popularmente conhecidas, bem como aquelas escritas por autores prestigiados em seus respectivos campos, apresentam-se perante os direitos assegurados às pessoas presas categoricamente previstos nos âmbitos constitucionais e infraconstitucionais.

2.1 A Doutrina Constitucional

Branco e Mendes (2020), inicialmente, tratam das considerações gerais acerca dos tipos de penas e proibição de penas cruéis, com base no art. 5º do texto constitucional. Para os autores, associam-se às penas as teorias absoluta ou relativa: a primeira, definida pela ideia de que estas funcionam como meio de compensação no combate ao crime e a segunda, estritamente vinculada a um sentido social de busca à prevenção do crime.

Na mesma linha, buscam indagar de forma além do que se restringe à lei, mas também à limitação do legislador no que tange a Lei n. 8.072/90 na condenação por prática de crimes hediondos.

A ampliação do rol destes crimes torna a exceção em regra, de modo que o cumprimento do apenado em regime fechado dificulta a capacidade de reintegração social e a sua ressocialização, retirando quaisquer resquícios de caráter de individualização da pena e por conseguinte, descaracterizando uma garantia fundamentalmente garantida pelo viés constitucional (BRANCO; MENDES,2020).

Além, defendem que não há compatibilidade entre a proteção do direito fundamental da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e a vigência do regime de cumprimento integralmente fechado nos parâmetros legais em que o legislador impossibilita a progressão de regime, assegurando de modo severo um tratamento gravoso em casos de crimes hediondos (BRANCO; MENDES, 2020).

Outra observação proferida chama a atenção dos autores quanto à aplicação da obrigatoriedade da fixação do regime integral aos apenados, eis que a possibilidade de afronta direta ao direito à progressão foi mérito de julgamento no Tribunal e veio a ser declarado como constitucional o cumprimento da pena ao crime hediondo em regime integralmente fechado.

Posteriormente, houve revisão no julgamento do HC 82.559, correspondendo à tese de que a imposição de cumprimento da pena privativa de liberdade retira o princípio previsto em norma constitucional no inciso XLVI do art. 5º (BRANCO; MENDES, 2020).

Em contraposto à extensa análise jurisprudencial sobre o tema abordado na literatura de Mendes e Branco, Novelino (2016) parte do pressuposto histórico da ditadura militar dado como o surgimento da garantia constitucional à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (CF, art. 50, LXIV), entretanto, sem trazer grandes delimitações aos direitos associados aos presos.

Já o jurista e doutrinador Moraes (2017) destaca a abordagem do direito do preso à assistência religiosa, prevista no inciso VII do art. 5 da Carta Magna, mencionando, ainda além, que o pleno exercício da religião e a liberdade de culto deve ser prestada aos presos e aos internados dentro dos estabelecimentos prisionais, adicionalmente à posse de livros religiosos e ao lugar apropriado para culto e por fim, adotando uma tese abrangente e favorável ao dispositivo previsto no art. 24 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

É possível enquadrar a breve menção de Lenza (2016) acerca do episódio em que o Supremo Tribunal Federal, diante da divergência entre a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) e a Lei n. 11.343/2006 (“Nova Lei das Drogas”), concedeu liminar em Habeas Corpus impetrado pela defesa de uma mulher presa em flagrante com dois papelotes de cocaína, sob o argumento de que o art. 44 da nova Lei de Drogas apresentava uma ameaça direta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV).

Contudo, não se verificou nenhuma análise detalhada dos direitos associados aos presos, bem como as regras constitucionais sobre as penas, limitando-se, Lenza (2016), a mencionar o mesmo entendimento consolidado pelo STF no sentido de observância ao princípio da individualização da pena, previamente discorrido na obra de Mendes e Branco (2020).

De igual forma, a obra de Barroso (2020) é escassa no que concerne a delimitação do tema proposto. Conjuntamente ao que aborda num extenso tópico de colisão de normas constitucionais, traz de forma enxuta a ponderação de que é existente o conflito entre o princípio constitucional da individualização da pena e a norma que impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado em casos de crimes hediondos.

Um dos principais problemas jurídicos no tocante à violação dos direitos à vida do preso é abordado, particularmente, por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021, p. 184) ao atribuírem o papel de dever de proteção com a vida do detento diretamente ao Estado:

> Também a responsabilidade civil (e administrativa, a depender do caso) do Estado é decorrência da violação de seus deveres de proteção, o que se manifesta de forma particularmente aguda quando se trata de pessoas sujeitas (sem alternativa) à custódia direta estatal, como ocorre no caso dos presos. Nesse sentido, aliás, colaciona-se julgado do STF (RE 841526, rel. Min. Luiz Fux, j. 30.03.2016), de acordo com o qual, na hipótese de violação do seu dever específico de proteção previsto no art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal. (Grifo nosso)

Ademais, é passageiramente desdobrado, a título de exemplificação, o episódio em que o Supremo Tribunal Federal deliberou acerca da interceptação de cartas de presidiários pela administração penitenciária como restrição aos direitos fundamentais dos presos, no que diz respeito à inviolabilidade de correspondência, previsto no art. 5.º, XII, da CF/1988, de modo, entretanto, a atingir o problema da proteção das garantias fundamentais num espectro generalizado, e não do preso em si.

Em Bonavides (2004), por sua vez, extrai-se uma reação doutrinária às mudanças históricas na construção da Constituição e nela, à introdução de seus direitos fundamentais, sobretudo no sentido de alinhar as relações de poder entre Direito e Estado, contudo, sem estender-se à diligência interpretativa dos direitos do preso em ponderação com os princípios constitucionais.

Por fim, verifica-se que a interpretação das normas correspondentes aos direitos e deveres dos presos à luz da análise doutrinária das obras constitucionais em estudo não abrangem de forma significativa ou sequer mencionam, por exemplo, o direito à saúde da pessoa presa como um direito social, restringindo-se ao panorama geral e raso do princípio da individualização da pena correlacionado à violação ao princípio constitucional da dignidade humana.

É, portanto, de grande lástima que o silêncio ocorra no campo doutrinário, cujo enfoque apresentado nos prefácios das respectivas obras em análise propõe-se a mergulhar a fundo na amplitude constitucional e a crise de garantia destes direitos, no que o jurista Bonavides (2004) classificou como a inconstitucionalidade proveniente e perpetuada pela omissão do Estado.

2.2 A Doutrina Penalista

Desenvoltas as definições conceituais referentes às doutrinas constitucionalistas, mostra-se fundamental partir para a busca das interpretações oferecidas na doutrina penalista acerca das leis aplicáveis aos encarcerados. Para Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 35), não há dúvidas de que se estabelece a responsabilização do Estado como critério para embasamento dos danos causados por seus atos na degradação do chamado princípio da humanidade:

> O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

Sobre os danos causados ao preso pelo regime disciplinar diferenciado, também conhecido como RDD, cuja previsão legal estabelece isolamento celular de 360 dias – sendo prorrogável pelo mesmo período –, Bitencourt defende firmemente que tal punição afronta de forma direta e literal o respeito à integridade física e moral, expresso pelo art. 5º, XLIX da Carga Magna, que também veda a aplicação de pena de natureza cruel e degradante – art. 5º, XLVII, alínea e.

Nesse sentido, Bitencourt (2021) destaca que a violação ao texto constitucional ocorre a partir da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado por meio da Lei n. 10.792/2003, constituindo uma espécie de sanção criminal que se opõe ao objetivo de ressocialização apontado logo no primeiro artigo da Lei de Execução Penal – LEP.

Ainda, descreve a magnitude que os efeitos psicológicos causados aos presos que são submetidos ao isolamento, como depressão, ansiedade, raiva, alucinações e claustrofobia, além de outros distúrbios considerados irreversíveis, representando uma contraposição direta à Constituição Federal e à Lei de Execução Penal (BITENCOURT, 2021, p. 35):

> [...] Assim, o regime disciplinar diferenciado constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de violação do princípio de humanidade da pena, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, e tem o castigo como único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, primado declarado da pena privativa de liberdade. Espera-se que os tribunais superiores, na primeira oportunidade que tiverem, reconheçam a inconstitucionalidade desse diploma legal.

Outrossim, Bitencourt (2021) abrange a prisão como uma instituição em crise e questiona a sua efetividade no papel de cumprir o objetivo ressocializador da pena privativa da liberdade, ao mesmo passo que é de conhecimento público as críticas e questionamentos acerca da impossibilidade de afetar positivamente o apenado, mencionando, sem quaisquer restrições à palavra, que o problema da prisão é a própria prisão.

Na mesma linha, Santos (2014) classifica que a garantia da integridade física e moral do preso encontra-se implícita no princípio da dignidade humana – art. 5º, XLIX, CF, bem como subentende-se na garantia do art. 3º da LEP que dispõe ao preso “todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Não obstante, oferece críticas contundentes ao sistema penal brasileiro e às cadeias públicas pelo que descreve como uma lesão contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de homens e mulheres presos, não ocorrendo pela falta de princípios e de regras jurídicas.

Através da perspectiva dos direitos e deveres do condenado, Santos (2014) vincula o direito ao trabalho do condenado, dentro da concepção de que funciona como uma espécie de dever social e permite o pleno exercício da garantia fundamental da dignidade humana, desde que realizado com fins educativos e produtivos, conforme expresso no art. 28 da Lei de Execução penal.

Nesse sentido, também advoga pela remição penal – art. 126 da LEP) por meio de cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior – art. 35, § 2º, CP, sendo a finalidade da remição integrar o indivíduo preso à sociedade, em especial nesse caso, através do estudo.

Sob o prisma das penas, Nucci (2021) traz ao tema o caráter de castigo da pena, sobretudo o aspecto da sanção penal da retribuição e prevenção. Nesse âmbito, explora as teorias dos retribucionistas, que encargam à pena o sentido de realização da Justiça através de pagamento do apenado do mal com outro mal. Não obstante, os prevencionistas estimam que o castigo da pena é justificado quando resulta de necessidade em combater o delito.

Quanto ao posicionamento da garantia à ampla defesa do preso, Nucci (2021) discorre que é de ônus do Estado a garantia de defesa aos sentenciados, seja por meio da defensoria pública ou de defensor dativo, eis que é determinação prevista pela Lei de Execução Penal. Não somente, posiciona-se favoravelmente à colocação de que é preciso garantir defesa técnica ao sentenciado, bem como a produção de provas.

Diante do que Rogério Greco (2015, p. 571) descreve como “caos carcerário”, o autor atenta-se ao prisma de responsabilização do Estado na aplicação da Lei de Execução Penal, relatando, ainda, que o art. 38 do Código Penal que versa a respeito da integridade física e moral do preso possa ser um dos artigos mais desrespeitados de legislação penal vigente:

> O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não são cumpridos.

Com base nos direitos dos apenados, Greco (2015) chama a atenção para a Lei 11.942/2009, cujos direitos para as presas gestantes, parturientes, além daquelas que tenham filhos com até 7 (sete) anos de idade, fez-se estabelecer por meio da LEP.

A inovação faz jus à inclusão do cumprimento da pena que lhes fora imposta com a permissão de que seus laços familiares com filho menores e/ou recém-nascidos sejam devidamente mantidos. Essa disposição surge do entendimento de que o Estado não pode negar às mães encarceradas o fundamental direito inerente à criação dos seus próprios filhos, mesmo até que a criança complete 7 (sete) anos de idade.

Outra garantia indispensável na perspectiva dos direitos humanos e dos princípios de igualdade e não discriminação, sobretudo em relação à orientação sexual e identidade de gênero, seria o acolhimento dos encarcerados compostos por lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais, de acordo com o parágrafo único do art. 1 º da Resolução conjunta nº 1, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação.

Para Grego (2015), destaca-se o direito de ser chamado pelo nome social (art. 2º e parágrafo único), a garantia de espaço em unidades prisionais masculinas (art. 3 º, caput), considerando a proteção e segurança de transexuais e *gays,* com atenção à saúde do preso, inclusive com direito à manutenção do tratamento hormonal – art. 7º e parágrafo único.

Em contraposto às garantias constitucionais dos presos constantes em pautas doutrinárias dentro de um sistema carcerário brasileiro amplamente criticado, evidencia-se a despreocupação dos penalistas em desdobrar as implicações dos direitos associados aos presos, como o direito à saúde, reduzindo o cerne da discussão doutrinária à mera atribuição de penalidades.

Por fim, o que se percebe é que para considerável parte da doutrina penalista é notável a diferenciação entre os direitos associados à pessoa presa previstos no ordenamento brasileiro e àqueles que de fato são aplicados, não restando divergência entre os autores quanto à lacuna desequilibrada pela ausência de aplicação e à fartura de previsões de garantias constitucionais e penais pela prevalência dos direitos do preso enquanto ser humano, além da discussão ao que seria considerado responsabilidade do Estado, em razão de sua conduta omissiva à luz, principalmente, da Lei de Execução Penal – LEP.

3. A SAÚDE DO PRESO EM TEMPOS DE PANDEMIA

A pandemia da COVID-19 colocou os presos em maior situação de vulnerabilidade do que já se encontravam. As medidas nacionais eram de distanciamento social e uso de máscara. Contudo, os estabelecimentos prisionais encontram-se superlotados, o que implica em consequências inicialmente graves, diante da falta de recursos e da impossibilidade do cumprimento de tais medidas dentro daqueles locais. A necessidade de se diminuir a quantidade de presos e impedir a entrada de pessoas foi alvo de resoluções e medidas pelos entes políticos, a fim de minorar a transmissão do vírus.

3.1 Âmbito Nacional

No Brasil, segundo dados colhidos no *site* do Departamento Penitenciário Nacional, atualizados no período de julho a dezembro de 2020, há cerca de 668.135 pessoas presas, sendo 335.773 em regime fechado (DEPEN, 2020).

As condições em que os presos vivem são degradantes, haja vista a enorme violação dos direitos humanos que assola a maior parte dos estabelecimentos prisionais deste país, razão pela qual o sistema prisional brasileiro foi reconhecido como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 (BRASIL, 2015).

Aliás, o Brasil já foi alvo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, levando em consideração o caos da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, determinou que o Brasil adotasse "imediatamente todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade" (CIDH, 2018)

A superlotação carcerária, ao que tudo indica, não parece ser um problema para o Estado, que, por vezes, fecha os olhos para enfrentar as mazelas do sistema penitenciário brasileiro.

O método de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados (NUCCI, 2021), o que demonstra a ineficácia da pena de prisão como método de punição. Sendo assim, a população carcerária, diante da superlotação a qual é submetida, é alvo fácil para o novo coronavírus, o que coloca em xeque o direito à saúde dos reclusos.

A pandemia da COVID-19 se instaurou no Brasil no início de 2020, chegando, inclusive, nos presídios brasileiros. O vírus, por ter uma alta taxa de transmissibilidade, ocasionando incontáveis mortes, preocupou aqueles que estavam em condições de superlotação, sem estrutura e higiene adequadas. Por esta razão, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo interno do Poder Judiciário, buscou orientar os magistrados e demais autoridades responsáveis pelo cárcere a adotar medidas controladoras da transmissão dentro dos presídios e penitenciárias.

O CNJ adotou medidas e ações de monitoramento para o enfretamento da pandemia, por meio do "Boletim Quinzenal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e no Socioeducativo", do "Monitoramento de Ações de Enfrentamento à COVID-19 em Espaços de Privação de Liberdade" e da emissão de recomendações, em especial, a Recomendação n. 62/2020.

A Recomendação n. 62do CNJ (BRASIL, 2020)recomentou aos Tribunais e magistrados, conforme seu art. 1º, a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo, com a finalidade precípua de proteger a vida das pessoas privadas de liberdade e dos servidores que integram o sistema de justiça penal. Algumas das medidas recomendadas foram a reavaliação das prisões temporárias – art. 4º, I, a suspensão do dever de apresentação periódica em juízo – art. 4º, II – e a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva – art. 4º, III.

No âmbito da execução penal, a Recomendação n. 62/2020 orientou, por exemplo, a concessão de saída antecipada dos regimes fechados e semiaberto – art. 5º, I, a concessão de prisão domiciliar a todas as pessoas presas em cumprimento de penal em regime aberto e semiaberto, mediante condições a seres definidas pelo juízo – art. 5º, III –

e a colocação em prisão domiciliar de recluso com diagnóstico suspeito ou confirmado de COVID-19 – art. 5º, IV.

Para monitorar os efeitos da Recomendação n. 62/2020, o CNJ apresentou o Boletim CNJ COVID-19. Nesse documento, percebe-se que 50% das unidades da federação privilegiaram a prisão domiciliar. Quanto ao regime semiaberto, 64% dos estados suspenderam a apresentação periódica em cartório. A visitação estava suspensa em 80,8% dos estabelecimentos prisionais do Brasil.

O "Boletim Quinzenal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional" é um importante meio para guiar as ações do Poder Judiciário no contexto da Recomendação n. 62/2020. O Boletim datado de 25/08/2021 mostra que o total de casos confirmados era de 90.992 e os óbitos registrados atingiram a marca de 563 com um aumento de 0,4% nos 30 dias anteriores à publicação dos dados. São Paulo é o estado que concentra o maior número de casos e óbitos no sistema prisional.

Com o intuito, ainda, de combater os impactos da pandemia no cárcere, a partir de reuniões entre o CNJ e os tribunais do país, ficou acordado que os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário de Tribunais de Justiça iriam enviar ao CNJ, quinzenalmente, informações sobre a pandemia nas respectivas unidades da federação. Neste monitoramento, é possível visualizar a totalidade dos recursos federais enviados a cada estado, bem como a realização de testes para detecção de COVID-19 e o andamento da vacinação das pessoas presas.

3.2 Âmbito Estadual – Santa Catarina

No cenário do Estado de Santa Catarina, do mesmo modo, adotaram-se recursos destinados à prevenção e enfrentamento da pandemia em razão do avanço do coronavírus no sistema prisional estadual.

Entre as medidas alternativas aplicadas, destaca-se a transferência dos recursos provenientes das penas pecuniárias ao combate da pandemia COVID-19, em conformidade às Resoluções Conjuntas CP/CJG n. 4 e n.5.(BRASIL, 2021)

Dentre outras providências, o judiciário catarinense acolheu a recomendação do Conselho Nacional de Justiça de suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo de presos em cumprimento de pena no regime aberto, a teor do art. 3º, inciso III, da Resolução Conjunta CP/CGJ n. 5/2020.

No que diz respeito aos casos de contágios e óbitos decorrentes do coronavírus no sistema carcerário do Estado, foram divulgados boletins e registros quinzenais guiados pela Recomendação n. 62 do CNJ, em que foram constatados, entre as datas de 22/06/2020 a 22/09/2021, 3.227 casos de presos contagiados e 8 óbitos.

A título de contextualização do panorama geral do sistema prisional de Santa Catarina, a população é composta por 23.811 encarcerados, dentro dos quais, 3.200 foram recuperados do novo coronavírus – Sars-CoV-2 – até a data de 03/09/2021, além de terem sido realizados 7.802 testes de COVID-19 em presos.

Não obstante, dados divulgados pela Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa –SAP evidenciam que as unidades catarinenses de privação de liberdade ultrapassaram de 290 casos confirmados para 844 casos entre o período de 12/07/2020 a 03/08/2020, sofrendo um aumento de 191% no período aproximado de três semanas.

Em análise à adesão da Recomendação n. 62 entre as unidades federativas, Santa Catarina apresentou um dos menores percentuais de normativas publicadas fazendo

referência direta à recomendação do CNJ, com a média de 50% de menções à norma, enquanto Rio Grande do Sul lidera com o percentual mais elevado, totalizando 82%.

Em termos de saúde pública, houve recente avanço da vacinação no sistema prisional catarinense, cuja população recebeu imunização em virtude de inclusão dos apenados como grupo prioritário por Recomendação da Defensoria Pública, tal como os funcionários do sistema prisional, conforme o Plano Estadual de Vacinação Contra a COVID-19 de Santa Catarina, mediante o risco de exposição ao coronavírus (DEFENSORIA PÚBLICA DE SANTA CATARINA, 2021).

Por fim, constata-se, em face dos dados referentes à COVID-19 coletados junto às instituições que, de modo geral, o Estado de Santa Catarina adotou timidamente as recomendações de enfrentamento à pandemia em unidades prisionais, em contraposto à adoção geral de normas em outros estados brasileiros.

3.3 Âmbito Municipal – Joinville

No Município de Joinville, em Santa Catarina, o Complexo Prisional é composto pela Penitenciária Industrial de Joinville e pelo Presídio Regional de Joinville (cadeia pública). Nos termos da Lei de Execução Penal, aquela é destinada aos condenados à pena de reclusão, em regime fechado, e este se destina ao recolhimento dos presos provisórios.

Contudo, a prática diverge daquilo que é proposto pela lei. Isso porque o Presídio Regional de Joinville comporta, inclusive, presos já condenados, o que viola o disposto no art. 84 da Lei n. 7.210, que determina que o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

O Complexo Prisional de Joinville, segundo dados colhidos no *site* do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), entre julho e dezembro de 2020, contava, conjuntamente, com cerca de 1.980 presos. No presídio, conforme dados colhidos na Vara de Execução Penal da Comarca de Joinville, por meio dos Autos n. 0001402-61.2020.8.24.0038, havia cerca de 1.097 detentos para 560 vagas. Na Penitenciária, cerca de 875 detentos para 670 vagas.

A superlotação, aliada à pandemia da COVID-19, é um desafio a ser enfrentado pelos órgãos da execução penal. A falta de recursos compromete a saúde dos presos, haja vista que presos contaminados muito provavelmente transmitiriam o vírus aos demais, diante da falta de local apropriado para isolamento.

O Juízo da Execução Penal da Comarca de Joinville, levando em consideração o contexto da pandemia instaurado no país, bem como a Orientação Técnica para Inspeção pelo Poder Judiciário dos espaços de privação de liberdade (CNJ, 2020), instaurou os Autos n. 0001402-61.2020.8.24.0038, por meio dos quais seriam documentadas todas as inspeções e demais instruções registradas no âmbito do sistema penitenciário da Comarca, com a constituição do Comitê de Acompanhamento das Medidas para Prevenção e Tratamento da COVID-19 no Complexo Prisional de Joinville, composto pelo Poder Judiciário, OAB, Ministério Público, Defensoria Pública e pelo Conselho Carcerário.

É de se observar, inicialmente, que o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Joinville optou pela realização de inspeções presenciais no Presídio Regional, em vista da ineficácia da modalidade virtual, nas quais relatou por meio dos autos, na data de 25/05/2020, a adoção de medidas preventivas da higiene, tais como a limpeza dos espaços ocupados pelos presidiários e a disponibilização de álcool gel nas áreas de circulação da unidade prisional. (BRASIL, 2020)

Ainda, a inspeção inicial realizada no Presídio Regional de Joinville, em 25/05/2020, indicou que, no momento da vistoria, o estabelecimento continha aproximadamente 1.080 detentos para 611 vagas. Naquela oportunidade, verificou-se que não existiam detentos infectados e que havia medicamentos suficientes para a população carcerária daquela unidade. Quanto ao protocolo para identificação de caso suspeito, consta nos autos:

> [...] O protocolo é isolar toda a cela, levando o suspeito ao Pronto Atendimento. Existem exames para testagem da Covid-19 para assintomáticos (PCR). Não há falta de testes. Após, o detento seria levado de volta para a cela, pois não teria espaço para isolamento, sendo o plano médico "sacrificar" a cela, voltando o suspeito ou contaminado ao convívio com os demais da mesma cela. [...] (BRASIL, 2020, evento 3, p. 4)

Ressalta-se que a estrutura do Presídio Regional de Joinville, consoante informado nos autos de inspeção (BRASIL, 2020) conta com uma Unidade Básica de Saúde, com três médicos, dois técnicos de enfermagem, um dentista, um assistente de enfermagem, um terapeuta ocupacional, uma psicóloga, um assistente social, uma zeladora, um técnico administrativo e um farmacêutico.

Além disso, registra-se que verbas de prestação pecuniária foram destinadas pelo Poder Judiciário ao combate à disseminação da COVID-19 no Presídio Regional para a aquisição de matéria prima para a fabricação de máscaras, produtos de higiene para os presos, itens de limpeza e cestas básicas aos familiares de presos e egressos da unidade prisional (BRASIL, 2020).

Nestes mesmos autos, realizou-se, em 02/06/2020, inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, a qual comportava, no momento da fiscalização, com cerca de 772 detentos, para 670 vagas. Na data da inspeção, não houve informações de casos de detentos ou agentes penitenciários com suspeita da COVID-19. Quanto ao protocolo para identificação de casos suspeitos, consta no auto de inspeção que:

> [...] em havendo preso com sintoma, o agente de plantão informa a unidade de saúde. O protocolo é caso o detento apresentar sintoma vai para o isolamento por 7 dias, com acompanhamento pela equipe médica. Caso necessário pode ficar isolado até por 14 dias. O enfermeiro é responsável pela testagem. Em havendo agravamento do quadro, o detento será encaminhado à rede hospitalar. No tocante à protocolo de triagem e isolamento de presos que ingressam na unidade prisional, existem 10 celas de isolamento inicial, onde os detentos permanecem por 7 dias. Apenas em casos de suspeita ou sintoma, o isolamento se prorroga para 14 dias. (BRASIL, 2020, evento 25, p. 5).

A superlotação do Presídio Regional de Joinville, por sua vez, verificou-se em situação de gravidade na data de 25/11/2021, sendo asseverada a convivência de 20 detentos em cela com capacidade de 8 vagas. Ainda, pontua-se que tal problema, em razão do sucateamento do sistema prisional brasileiro, não apresenta perspectiva de solução breve, exceto pela possibilidade de abertura de novos pavilhões (BRASIL, 2020).

Ainda, em contexto da pandemia ocasionada pela COVID-19, o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e Corregedor do Sistema Prisional da Comarca de Joinville, na data de 05/10/2021, trouxe aos autos a inspeção do setor de triagem da Penitenciária Industrial de Joinville, destinado como quarentena aos detentos do regime aberto que retornam de suas saídas temporárias. Lá, verificou-se que os detentos em triagem permanecem em colchões úmidos, sem o direito à saída para banho de sol e em um local projetado para 2

pessoas que, em realidade, é ocupado por 7 detentos, isto é, condições notoriamente degradantes que, especialmente em face da pandemia, representam uma afronta alarmante à manutenção da saúde do preso e à sua integridade física e mental assegurada pelo inciso XLIX da Constituição Federal.

É evidente que a superlotação não permite que os presos fiquem isolados, diante da falta de celas disponíveis. Dessa forma, a única forma de conter o avanço da pandemia dentro do cárcere é por meio da vacinação, que iniciou com os detentos com mais de 60 anos, que, em 13/05/2021 já estavam vacinados, e seguiria com os detentos com comorbidades (BRASIL, 2020).

No auto de inspeção datado de 16/07/2021, consta que a vacinação de toda a população carcerária de Joinville com a primeira dose do imunizante contra a COVID-19 já havia sido concluída.

Já os dados relativos à saúde dos presos destes autos coletados em inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, na data de 02/12/2021, demonstram que o atendimento odontológico recebido por aqueles encarcerados é inferior ao ideal, bem como fora constatado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e Corregedor do Sistema Prisional de Joinville a necessidade de melhorias no fluxo de saúde, especialmente no que diz respeito à distribuição do número de atendimentos médicos nesta unidade prisional (BRASIL, 2020).

No que tange às visitações na Penitenciária Industrial de Joinville, na mesma data, esclareceu-se que será retomada, aos encarcerados, a possibilidade de visitas conjugais e sociais, com até 3 visitantes completamente vacinados, sendo necessário que as crianças possuam pelo menos 1 dose da vacina contra o novo coronavírus (BRASIL, 2020).

Assim, o Complexo Prisional de Joinville, por meio do Poder Judiciário e da própria administração prisional, buscou reduzir o impacto da pandemia no ergástulo. Contudo, diante da superlotação, o cumprimento das medidas de distanciamento, em especial daqueles infectados, não foi viabilizado integralmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar os direitos do preso assegurados por meio de normas e resoluções, sua abordagem nas doutrinas constitucionais e penais, bem como as ações de combate à pandemia do coronavírus dentro do Complexo Prisional de Joinville/SC, trazendo, inclusive, as medidas nacionais e estaduais de controle à propagação da doença dentro dos estabelecimentos carcerários.

A partir de uma análise acerca da legislação que trata dos direitos da pessoa presa, verificou-se que o rol é extenso, sendo-lhes garantidos todos aqueles direitos não afetados pela sentença penal condenatória, uma vez que não perdem a qualidade de pessoa humana.

No estudo da abordagem dessas garantias nas doutrinas e nos manuais de Direito, percebeu-se que o tema não é integralmente explicitado e, em grande número de livros, encontrou-se a mera transcrição dos direitos da pessoa presa ou uma análise perfunctória do tema.

Desse modo, a omissão da doutrina no tratamento do assunto demonstra que as garantias do recluso não são, por vezes, consideradas direitos que mereçam atenção, o que implica a ausência de entendimento sobre o tema e, consequentemente, a formação de profissionais insipientes acerca dos direitos do recluso.

Conclui-se, ainda, que a falta de explicitação do tema na maioria das doutrinas estudadas está indiretamente ligada com a superlotação carcerária. É que a negação aos direitos mínimos, aliada à falta de recursos direcionados aos estabelecimentos prisionais, é consequência do pensamento de que o preso perdeu sua essência humana, merecendo as condições em que vive.

Por outro lado, a pesquisa apurou as medidas adotadas no sistema prisional diante da pandemia do coronavírus em plano nacional, estadual (Santa Catarina) e municipal (Joinville).

Em âmbito nacional, verificou-se que o Conselho Nacional de Justiça esteve disposto a minimizar as eventuais consequências trágicas que a COVID-19 poderia causar dentro do sistema superlotado. A edição de resoluções e recomendações, como a Recomendação n. 62/2020do Conselho Nacional de Justiça, teve papel considerável para a redução dos danos da doença.

No Estado de Santa Catarina, seguindo as orientações nacionais, observou-se, do mesmo modo, a adoção de algumas medidas para reduzir as consequências da doença, tais como o acolhimento às medidas indicadas pelo CNJ e a emissão da Resolução Conjunta CP/CGJ n. 5/2020.

Por fim, quanto ao Complexo Prisional de Joinville, questionou-se, inicialmente, se esse sistema, composto essencialmente pela Penitenciária Industrial e pelo Presídio Regional, conseguiria tornar efetivo o direito à saúde do preso, tendo em vista o contexto de pandemia da COVID-19.

A hipótese inaugural era de que o sistema prisional de Joinville, por meio de ações de combate, tornaria efetivo o direito à saúde da pessoa presa no contexto pandêmico.

À luz da pesquisa realizada, a hipótese se confirmou com ressalvas. Como demonstrado alhures, a instauração dos Autos n. 0001402-61.2020.8.24.0038 para o acompanhamento das medidas adotadas frente à pandemia, juntamente com as inspeções realizadas pelo juízo da Execução Penal da Comarca de Joinville, revelaram-se essenciais para a minoração da propagação da doença. Contudo, apesar de as medidas adotadas serem eficazes, a superlotação não permite que as ações sejam bem-sucedidas, na sua integralidade. Assim, é preciso enfrentar as mazelas da COVID-19 levando em consideração todo o caos carcerário preexistente à pandemia.

Ressalta-se que, apesar da impossibilidade de os pesquisadores realizarem uma visita ao Complexo Prisional de Joinville, foi possível observar a partir do conjunto de dados levantados que, em meio ao caos da pandemia, a Administração Pública tomou algumas medidas para garantir os direitos da pessoa presa. A integral efetividade destes direitos, porém, ainda não se verifica na prática, concluindo-se que o sistema prisional brasileiro permanece marcado por violações cotidianas de direitos humanos fundamentais do preso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Monitoramento Local Covid-19: Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (GMFs). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Monitoramento-CNJ-GMFs-Covid-19-14.7.21.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça.** Relatório de monitoramento da COVID-19 e da recomendação 62/CNJ nos sistemas penitenciário e de medidas socioeducativas II. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_II_Covid_web_0909.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução n. 62 de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 11, out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acesso em: 24, abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em**:** www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.
BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional**, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 28 de set. 2021.

BRASIL. **Governo de Santa Catarina.** Plano Estadual de Vacinação Contra a Covid-19 de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/images/PLANO_ESTADUAL_VACINACAO_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: Lei de Execução Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210. Acesso em: 15, abr. 2021.

BRASIL. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 12, out. 2021.

BRASIL. **Secretaria de Estado e Administração Prisional e Socioeducativa.** Boletim COVID Casos por Unidade 03/08/2021. Disponível em: <https://www.sap.sc.gov.br/index.php/consultas/downloads/boletim-semanal-covif>.Acesso em: 27, set. 2021.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9, set. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 172.136. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 10, out. 2020.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CIDH. Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 22 de novembro de 2018. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DE SANTA CATARINA. Governo de SC atende recomendação da defensoria e inclui novas populações vulneráveis nos grupos prioritários do plano estadual de vacinação. 2021. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/governo-de-sc-atende-recomendacao-da-defensoria-e-inclui-novas-populacoes-vulneraveis-nos-grupos-prioritarios-do-plano-estadual-de-vacinacao/#page-content>. Acesso em: 13 out. 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**.20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**.11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza; TOMÉ, Selma Cristina. **Direitos Humanos dos Encarcerados e Dignidade da Pessoa Humana**: Aspectos materiais vigentes. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br. Acesso em: 05 abr. 2021.

SANTA CATARINA. **Diretrizes Gerais (Coronavírus Covid-19)**. Disponível em: <https://www.sap.sc.gov.br/images/Diretrizes%20Gerais%20COVID-19_atualizado%20em%2006.04.2020.pdf>. Acesso em: 12, out. 2021.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Autos de Inspeção n. 0001402-61.2020.8.24.0038. 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**:parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**:parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**.10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

DIREITO DAS *STARTUPS*: A IMPORTÂNCIA DO ASSESSORAMENTO JURÍDICO PARA BLINDAR E ALAVANCAR SEU DESENVOLVIMENTO

Anneliese Regina Feiler[1]
Felipe Gazaniga[2]
Miguel de Souza[3]

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a função essencial do profissional do direito no desenvolvimento de uma *startup*. Deste modo, serão abordados temas como o início de uma *startup*, o marco legal das *startups*, tipos societários, memorando de entendimento, contrato de *vesting*, contrato de participação, planejamento tributário e o papel das *startups* para a criação ou aprimoramento de inovações. O trabalho está estruturado em quatro seções, além da introdução e das considerações finais. A introdução destina-se à apresentação do tema e às delimitações necessárias para a abordagem do assunto. A primeira seção aborda os aspectos legais envolvendo as *startups*; a segunda apresenta os aspectos societários; a terceira disserta sobre a incidência da tributação; a quarta faz referência à fundamental importância das *startups* no desenvolvimento de inovações e, por fim, apresentam-se as considerações finais do presente artigo.

Palavras-chave: *Startups*; Inovação; Assessoria Jurídica; Proteção Legal; Desenvolvimento.

INTRODUÇÃO

Os avanços promovidos pela tecnologia repercutem em todo o meio social. Não conseguimos simplesmente ignorar as mudanças, afinal o desenvolvimento tecnológico nos cerca de todas as formas. Sendo assim, o ideal é que utilizemos como uma vantagem em nossas vidas.

Na rotina de uma empresa a evolução se dá quase de forma diária, todos os dias há novas tendências de mercado e produtos mais avançados para serem utilizados e substituírem o anterior. Neste momento, trazemos grande foco às *startups*, empresas que operam em situação de extrema incerteza e risco, voltadas à inovação, geralmente com foco em novas tecnologias. As *startups* vêm impactando cada vez mais o mundo dos negócios, gerando uma nova forma de empreendedorismo que transformou o cenário empresarial global em razão do enorme potencial de crescimento e lucratividade.

Esse novo arranjo institucional das empresas demanda uma regulação específica a fim de possibilitar segurança jurídica para os investidores, para os contratantes e para os empresários. O grande desafio na regulação das *startups* é a adequação que se faz necessária devido ao seu caráter inovador e mutável, sendo necessária a adoção de práticas que quebrem o paradigma convencional das empresas.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a fundamental importância do assessoramento jurídico para o desenvolvimento sustentável de uma *startup*. O presente artigo foi dividido em seções, além da introdução e considerações finais.

1. Estudante do curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Técnica em Contabilidade - Estagiária nas áreas: trabalhista e empresarial. E-mail: anneliesefeiler@outlook.com
2. Estudante dos cursos de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina e Contabilidade na Faculdade Integrada do Norte do Paraná - Membro das Comissões de Direito Tributário e Direito Digital da OAB de Joinville/SC - Estagiário nas áreas: tributário, empresarial e LGPD - Curso de extensão em proteção de dados pela Escola Brasileira de Direito. E-mail: felipe.gazaniga.dir@gmail.com
3. Estudante do curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Estagiário do Poder Judiciário de Santa Catarina. E-mail: migueldesouza05@gmail.com

Na Seção I, trabalharemos os aspectos legais que envolvem as *startups*, desde sua abertura até os aspectos legais referentes à sua consolidação. Também, mencionamos de forma sucinta o novo Marco Legal das *Startups*, que veio recentemente para regular e trazer segurança jurídica a essas empresas.

Já na Seção II, explicaremos os aspectos societários, mencionando cada tipo societário que é possível constituir uma *startup*, bem como dissertaremos sobre os tipos de contratos.

Na Seção III, falaremos sobre fatores gerais que envolvem a incidência tributária e, por fim, na Seção IV faremos uma análise sobre a importância fundamental de *startups* para a inovação e criação de novas tecnologias. Nas considerações finais apresentamos as principais conclusões com o resultado do trabalho.

Para responder adequadamente a essa demanda, utilizar-se-á do método dedutivo para, por intermédio de pesquisa bibliográfica, colher-se as mais variadas interpretações de textos normativos e comentários da doutrina brasileira sobre a temática. A partir daí, analisa-se cada aspecto que influencia diretamente ou indiretamente no desenvolvimento de uma *startup*.

1. ASPECTOS LEGAIS

Startups são consideradas empresas nascentes de base tecnológica, que possuem na inovação tecnológica disruptiva os fundamentos de sua estratégia competitiva. Entre as principais características de tais negócios está o caráter de organização temporária com potencial de rápido crescimento. Estes negócios atuam em um ambiente de extrema incerteza, em busca de um modelo de negócios que possa tornar-se repetível e escalável (ABSTARTUPS, 2014; BLANK, 2013).

No Brasil, no ano de 2011, havia apenas 600 *startups*, fator que foi se modificando com o tempo, visto o avanço da tecnologia e necessidade de inovação em todo o mundo. Segundo a Associação Brasileira de *Startups* (ABSTARTUPS, 2014), em 2021, o Brasil chegou à marca de aproximadamente 13.000 *startups* (DINIZ, 2021).

Com o avanço crescente deste modelo de negócio, a legislação brasileira precisou atender a demanda destas empresas. Ao longo dessa trajetória, diversas leis foram criadas com o intuito de atender ao setor. Podemos trazer como exemplo o artigo 65-A, § 1º, da Lei Complementar 167/2019[4] que define o conceito de *startup* ou, no mesmo sentido, o artigo 4º da Lei Complementar 182/2021[5].

Portanto, não há dúvidas de que as *startups* se diferenciam das empresas em geral, já que tem por objetivo a inovação e o crescimento acelerado, e, por isso, necessitam de legislação adequada, capaz de impulsionar o desenvolvimento dessas novas empresas.

1.1 O início de uma *Startup*

4. Lei Complementar 167/2019, art. 65-A, § 1º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam *startups* de natureza disruptiva.

5. Lei Complementar 182/2021, art. 4º. São enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados.

Uma das principais diferenças entre *startups* e empresas tradicionais está na fase inicial da empresa. Enquanto nas empresas tradicionais se aconselha fazer um plano de negócios minucioso, ver a viabilidade e depois colocar em execução, o plano nas *startups*, basicamente, é definido por meio de tentativa e erro, de modo que o empreendedor tem uma hipótese e vai a campo ver como esta é recepcionada pelo mercado (ALBERONE; CARVALHO; KICORVE, 2012).

Segundo Blank e Dorf (2012), startups não são simplesmente versões menores de grandes empresas, motivo pelo qual uma empresa iniciante, ligada a qualquer tipo de negócio, que não esteja focada na inovação de produtos ou serviços e, portanto, dispensada quanto aos riscos de incertezas, não é uma s*tartup*.

Como alternativas ao tradicional plano de negócios, foram criadas algumas metodologias próprias para essas empresas. Contudo, por falta de assessoramento jurídico adequado, diversos empreendedores acabam falhando, tendo em vista as dificuldades deste mercado (MORAES; CAPELLARI, 2013). Uma pesquisa realizada pela *Harvard Business School* mostrou que 75% de todas as *startups* falham e que isso pode ser decorrente da falta de conhecimento prévio do ambiente jurídico envolvido (BLANK, 2013).

1.2 O marco legal das *Startups*

Na contemporaneidade, as empresas denominadas *startups* vêm impactando cada dia mais as economias globais e, no Brasil, isso não seria diferente. Essas empresas, com o viés de oferecer serviços e produtos de maneira inovadora, atuam num cenário de grandes incertezas e riscos para atingir excelência no crescimento e alta lucratividade, de maneira rápida.

Não é à toa que são instituições possuidoras de características disruptivas, inovadoras e com um modelo de negócio sem qualquer tipo de precedentes nos quais

> preconiza a escalabilidade, a repetitividade, rentabilidade e a zona de incerteza, as *startups* exigem uma regulação específica a fim de que o Direito possa apresentar respostas eficientes e ágeis para esse modelo de negócio, que é mais dinâmico, demandando, portanto, uma nova visão do jurista (JABORANDY. 2021, p.2).

Assim, para se atingir os objetivos esperados, é necessária uma legislação capaz de dar segurança jurídica para toda essa grande estrutura, seja ela integrada pelos empresários, os investidores ou quem vier a adquirir os produtos e serviços desses agentes econômicos.

Recentemente, para diminuir a grande burocracia em torno das *startups*, foi promulgada a Lei Complementar nº 182/21, sancionada no dia 1º de junho de 2021, que estabelece regras para o fomento ao crescimento das *startups* no Brasil, e a contratação das *startups* pela Administração pública.

Dentre os principais requisitos, a nova lei estabelece para a caracterização de *startup* o faturamento de até 16 milhões de reais, que esteja em exercício pelo tempo de até 10 anos, que a tributação seja pelo Inova Simples ou declaração, e que a atuação seja nos moldes inovadores[6].

Além disso, os investimentos poderão ser de pessoas físicas ou jurídicas, não vinculando o investimento como participação no capital social da empresa[7]. Dessa forma,

6. Lei Complementar 182/2021, art. 4.
7. Lei Complementar 182/2021, art. 5.

o investidor não se responsabilizará pelas dívidas da startup, pois não será considerado sócio e nem terá acesso à gerência, voto ou administração da empresa.

2. ASPECTOS SOCIETÁRIOS

As *startups* têm como objetivo as atividades econômicas organizadas para o fim de produção e circulação de bens ou de serviços. No Brasil a finalidade das *startups* é definida por meio da constituição de sociedades. Essas sociedades são de personalidade jurídica, havendo a junção de interesses em comum de cada sócio (FALCÃO, 2009).

De outro norte, os sócios ganham títulos representativos de cada parcela no capital social da *startup*, sendo as quotas ou ações, dependendo do tipo societário admitido à *startup*. Cada um desses títulos, garantem aos sócios o direito de participação nas deliberações e processos da *startup*, além disso, os direitos econômicos para poder participar na distribuição de lucros e resultados alcançados pela *startup* (FALCÃO, 2009).

Para o gerenciamento da *startup* os sócios devem eleger quem irá exercer o cargo de administrador, que terá a faculdade de representar a *startup* perante terceiros. Precisam ser eleitos como administradores as pessoas que possuem experiência na área de *startups* e que não possuam qualquer impedimento legal (FALCÃO, 2009).

É dever do administrador assegurar o bom desenvolvimento da *startup*, havendo o máximo de cuidado na administração, sendo vedado qualquer ato danoso que possa vir a prejudicar o desenvolvimento da *startup*.

2.1 Tipos Societários

De acordo com a Associação Brasileira de *startups*, o tipo societário que é mais utilizado pelas *startups* é as Sociedades Limitadas (LTDA.) ou as Sociedades Simples por Ações (S.A.), uma das grandes razões pela adoção desses tipos societários é a responsabilidade limitada dos sócios em relação ao capital sócia (PEIXOTO, 2021).

A Lei Complementar 182/2021, pontua que os sócios não serão responsabilizados por qualquer inadimplência da *startup*, mesmo que a empresa esteja em recuperação judicial, salvo se o sócio incorrer em dolo, fraude ou simulação (PEIXOTO, 2021).

2.2 Das Sociedades Limitadas ou Sociedades por Ações

Tendo em vista que o tipo societário mais adotado em *startups* é a Sociedade Limita e a Sociedade por Ações, ao optar por esse modelo, deve-se observar o tratamento jurídico proporcionado a esses tipos societários.

As Sociedades Limitadas, estão previstas no Código Civil, no capítulo IV, abordando seus aspectos jurídicos e, em alguns casos, aplicam-se as normas que regem sobre as Sociedades Simples, previstas no artigo 1.053, do Código Civil. Já as Sociedades Anônimas, estão previstas nos artigos 1.088 e 1.089, do Código Civil e na Lei Especial 6.404/76 (PEIXOTO, 2021).

Caso seja decidido constituir a *startup* por meio de Sociedade Limitada, pode ser uma vantagem por serem mais fáceis, mas há a necessidade de se atentar aos aspectos tributários, uma vez que existem critérios próprios para esse tipo societário (PEIXOTO, 2021).

Vale frisar, que nas Sociedades Limitadas, a responsabilidade de cada sócio é restrita às suas quotas na sociedade, porém, todos respondem pela integralização do capital social. Logo, o limite da responsabilidade dos sócios é a totalidade do capital social

subscrito e não integralizado. Sendo assim, os sócios responderão subsidiariamente e limitadamente (PEIXOTO, 2021).

Sendo adotada a Sociedade Anônima, como tipo societário, as ações serão subscritas por uma pessoa da sociedade em formação e a integralização será regida de acordo com o estatuto. Uma vez feita a integralização, a responsabilidade do acionista será cessada, todavia, caso não haja integralização do capital, o acionista será devedor da sociedade (PEIXOTO, 2021).

A Sociedade Anônima, possui um tipo societário próprio de constituição que se dá por meio do Estatuto Social, conforme previsto em lei, sendo consideradas sociedades normativas e não contratuais (PEIXOTO, 2021).

Nas *startups*, a integralização do capital social é altamente restrita, já que caso o sócio não tenha o capital social, em dinheiro ou em bens, não poderá integralizar o capital social de outra forma, não podendo fazer parte da sociedade (PEIXOTO, 2021).

2.3 Espécies de Contratos

2.3.1 Memorando de entendimentos (MOU)

É um instrumento jurídico utilizado nos ramos do Direito Internacional Público e Privado, para demarcar as diretrizes do acordo de cooperação que está sendo acordado entre as partes, estabelecendo parâmetros e metas na fase de negociações (CRISTOFARO, 2013).

As *startups* em sua fase inicial geralmente enfrentam obstáculos. Assim é recomendado a elaboração de um memorando de entendimento entre os sócios que permita a experimentação do negócio para efetiva validação de suas ideias, sem deixar de estabelecer as linhas gerais que a sociedade seguirá, proporcionando um ambiente de maior segurança aos sócios e aos futuros investidores (FERRAZ, 2018).

2.3.2 Contrato de *vesting*

O contrato de *Vesting* tem origem norte-americana. O instrumento tem como objetivo proteger as sociedades e os sócios, por meio de um determinado investidor ou fundador de um negócio, titular de direitos que lhe permitem adquirir participação societária, sob condições especiais (GANTOIS, 2021).

Assim, tem-se como objetivo último promover o direito que alguém detém em certo momento e mediante a implantação de condições, promover a aquisição plena da participação societária em algum empreendimento (GANTOIS, 2021).

É intuito deste modelo de contrato manter os fundadores ou colaboradores engajados no projeto que ainda não atingiu os resultados econômicos esperados, ou quando a sociedade passa por algum momento de dificuldade, ao mesmo tempo garante que os investimentos sejam feitos de maneira segura (GANTOIS, 2021).

2.3.3 Contrato de participação

Na Lei Complementar nº 155/2016, surgiu a figura do contrato de participação no ordenamento jurídico brasileiro, cuja finalidade do contrato de participação é a obtenção de capital social de risco para um certo empreendimento, com o intuito de proporcionar ao empresário participação nos lucros ou prejuízos da empresa (BORBA, 2017).

A Lei não possui vedação quanto às outras formas de celebração por meio de outro instrumento, o que traz a compreensão, conforme o princípio da legalidade no direito brasileiro, que é permitido que não seja proibido (PEIXOTO, 2021).

3. DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

De acordo com Ackoff (1974, p. 1), podemos conceituar planejamento como “[...] a definição de um futuro desejado e meios eficazes de alcançá-lo”. O planejamento de uma empresa deve ter como objetivo fim a geração de lucro, propiciando o desenvolvimento da atividade.

O ponto que gera maiores questionamentos é como alcançar esse objetivo, ou seja, de que modo e com quais instrumentos e técnicas isso seria possível. Alguns dos débitos comuns que as empresas possuem estão diretamente relacionados à tributação. Com o intuito de diminuir esses gastos é que surge a chamada elisão fiscal, também conhecida como planejamento jurídico tributário.

Nesse sentido, Borges (2011, p. 37) define em que consiste a essência do planejamento tributário. Acompanhe:

> A natureza ou essência do Planejamento Tributário consiste em organizar os empreendimentos econômico-mercantis da empresa, mediante o emprego de estruturas jurídicas capazes de bloquear a concretização da hipótese de incidência fiscal ou, então, de fazer com que sua materialidade ocorra na medida ou no tempo que lhe sejam mais propícios.

Tal planejamento deve ser lícito, ideal, sendo de suma importância para os contribuintes, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado a seguir a alternativa que conduz ao maior recolhimento de tributos (ARAÚJO, 2018, p. 20-22).

No que tange às *startups*, mesmo com a grande importância que representam para a economia brasileira, ainda possuem diversos problemas. Não existe no Brasil um regime tributário específico em vigor para esse modelo de negócio, sendo necessário, atualmente, que as *startups* recolham seus tributos por meio do regime do Simples Nacional, do Lucro Presumido ou do Lucro Real, sistemas bem distintos e que não atendem integralmente as necessidades do modelo de negócio das *startups*.

Outro importantíssimo problema das *startups*, também relacionado à tributação, reside no fato de as empresas que adotam esse modelo de negócio, por vezes, trabalharem com as chamadas novas tecnologias, uma vez que não existe consenso se tais tecnologias devem ser tributadas como produtos ou como serviços.

> Mas a dúvida sobre a tributação reside na seguinte pergunta: novas tecnologias são classificadas como mercadorias ou serviços? Temos de um lado da discussão os Estados que entendem que algumas tecnologias devem ser compreendidas como mercadorias ou serviços de comunicação (ambos tributados pelo ICMS, imposto de competência estadual). Do outro lado, temos os Municípios que defendem a classificação na categoria de serviços (e consequentemente tributadas pelo ISS, imposto de competência municipal). (TORRES, 2019).

Isso mostra a grande importância do instituto do planejamento tributário para as *startups*, que deve ser feito antes do início e durante as atividades da empresa, definindo questões relacionadas a, por exemplo, qual regime tributário será utilizado, quais os benefícios fiscais para a atividade realizada, quais as formas de reduzir a tributação paga e formas de evitar irregularidades para não sofrer autuações no decorrer da atividade.

4. O PAPEL FUNDAMENTAL DAS *STARTUPS* PARA A INOVAÇÃO

As inovações são destacadas como diferencial competitivo para as empresas, além de proporcionar um caminho de crescimento. Determinar sua posição na inovação é o primeiro passo para o sucesso organizacional, pois sem esse alinhamento, uma parte importante de seus esforços de inovação pode ser desperdiçada, afetando os resultados esperados. (TERRA, 2012).

Startups nascem com o intuito de explorar comercialmente uma ideia de potencial inovador com um risco considerável. Para isso, necessitam de um conjunto de capacidades técnicas e de negócios, alocando recursos de modo eficiente para obter um produto com valor de mercado. As *startups* necessitam, portanto, tornar-se empresas e executar um modelo de negócios (LINDGREN; JORGENSEN, 2012).

As diferentes estratégias e visões de negócio particularizam startups e grandes empresas, e são estes pontos que fazem a união das duas pontas interessantes para a atual era de negócios e tecnologia.

Temos por um lado o modelo empresarial convencional usado por quem decide abrir um negócio, desde o contrato social até o vínculo com funcionários. (KOZAKOVA, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento do presente artigo, buscamos compreender a importância de um bom modelo de *compliance* para a abertura e o crescimento de uma *startup*.

Notamos que um dos principais problemas que atingem sua atuação envolve principalmente a regulação complexa e rígida. Esse fato foi minimizado com a chegada do Marco Legal das *Startups*, que trouxe um regimento específico para legislar o segmento.

Cabe alertar que, assim como qualquer empresa situada em território nacional, as *startups* devem observar as regras presentes na legislação brasileira, registrando-se nos órgãos necessários, recolhendo tributos e respeitando suas obrigações empresariais.

Por conta disso, é de suma importância que, desde sua criação, o empresário e seus sócios procurem um advogado especializado na área. Dentre diversas questões, o especialista deverá ser capaz de orientar qual melhor forma de estruturar a sociedade, elaborar contrato social, quando necessário, além de auxiliar em questionamentos diversos e típicos deste segmento específico do ramo empresarial.

As *startups* possuem um papel fundamental na sociedade da tecnologia, sendo as principais responsáveis pelas inovações no setor empresarial e na sociedade como um todo. Diversas *startups* estão se formando todos os dias no Brasil, desenvolvendo novas ideias para o mercado e revolucionando a forma de realizar negócios.

REFERÊNCIAS

ACKOFF, Russel L. **Planejamento empresarial.** Tradução de Marcos Túlio de Freitas. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 1974.

ALBERONE, M.; CARVALHO, R.; KIRCOVE, B. **Sua ideia ainda não vale nada:** o guia prático para começar a validar seu negócio. Rio de Janeiro, 2012.

ARAÚJO, Dayane de Almeida. **Planejamento tributário aplicado aos instrumentos sucessórios.** São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

BLANK, S. **Why the lean start-up changes everything.** Harvard Business Review, 2013.

BLANK, S., DORF, B. **The startup owne's manual:** the step-by-step guide for building a great company. Califórnia: K&S Ranch Press, 2012.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos: IPI, ICMS e ISS.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

CRISTOFARO, Angela Lima Rocha. **Os efeitos Jurídicos do Memorando de Entendimentos no Brasil.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25097/os-efeitos-juridicos-do-memorando-de-entendimento-no-brasil. Acesso em: 6 nov. 2021.

DINIZ, Danieal Maffessoni Passinato. O que muda com o marco legal das startups?. **Migalhas**. 30/09/2021. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/352498/o-que-muda-com-o-marco-legal-das-startups. Acesso em 3 nov. 2021.

FALCÃO, João Pontual de Arruda. **STARTUP LAW BRASIL O DIREITO BRASILEIRO REGE MAS DESCONHECE AS STARTUPS.** 2017. Acadêmico (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, [S. l.], 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18186. Acesso em: 3 nov. 2021.

FERRAZ, Maria Beatriz da Rocha. **STARTUPS E AS INOVAÇÕES DO DIREITO: O USO DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE SEGURANÇA JURÍDICA.** 2018. Acadêmico (Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB, [*S. l.*], 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13279/1/MBRF07122018.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

GANTOIS, Simone Menezes. **O CONTRATO de *vesting* e sua aplicação em inovação no direito brasileiro.** 2021. Acadêmico (Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), [*S. l.*], 2021. Disponível em: https://cije.up.pt/client/files/0000000001/5-simone-gantois_1739.pdf. Acesso em: 6 nov. 2021.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **Marco Legal Para Startups no Brasil:** Um Caminho Necessário para Segurança Jurídica do Ecossistema de Inovação. Disponível em https://goldharemachado.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Artigo-MARCO-LEGAL-PARA-STARTUPS-NO-BRASIL.-UM-CAMINHO-NECESSA%CC%81RIO-PARA-SEGURANC%CC%A7A-JURI%CC%81DICA-DO-ECOSSISTEMA-DE-INOVAC%CC%A7A%CC%83O.pdf. Acesso em 6 nov. 2021.

KOZAKOVA, J. **Learning and skill development in business accelerator: A case study of Startup Reykjavik.** 2019. University of Iceland School of Education, 2019.

LINDGREN, Peter; JORGENSEN, Rasmus. **Towards a Multi Business Model Innovation Model.** Journal of Multi Business Model Innovation and Technology, v. 1, n. 1, p. 1–22, 2012.

MORAES, M. R.; CAPELLARI, V. G. **Metodologias Aplicadas em Startups Inovadoras no Desenvolvimento de Projetos de Sucesso.** *In:* ANPROTEC, Anais. XXIII Seminário Nacional de Parques Tecnológicos e Incubadoras de Empresas, 2013.

PEIXOTO, Laís Patrício da Cunha; SILVA, Taís Carvalho. **STARTUPS: ASPECTOS SOCIETÁRIOS, CONTRATUAIS E O PAPEL DO INVESTIDOR ANJO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA LC Nº 155 DE 2016 E DA LC Nº 182/20211.** 2021. Acadêmico (Direito) - Universidade Católica do Salvador, [*S. l.*], 2021. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4463/1/TCCLA %c3%8dSPEIXOTO.pdf. Acesso em: 4 nov. 2021.

TAVARES BORBA., José Edwaldo. **Direito societário.** [*S. l.*: *s. n.*], 2017.

TERRA, J. Inovação. **Quebrando paradigmas para vencer.** 3. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Vitor. **Tributação de novas tecnologias: entenda como funciona para startups.** 2019. Contabilizei Blog, São Paulo, 1 set. 2020. Disponível em: https://blog.contabilizei.com.br/ tributacao-de-novas-tecnologias-e-startups. Acesso em: 12 jan. 2021.

A EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC NO AUMENTO DE ACORDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE JOINVILLE/SC

Ana Cláudia dos Santos Fernandes Koprowski[1]

Resumo: A partir do conhecimento da importância da autocomposição na resolução dos conflitos, o Poder Judiciário cria mecanismos de atender a população e desafogar os fóruns e varas do trabalho. O presente trabalho tem o intuito de levar ao leitor o conhecimento sobre o que são os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, onde atuam e sua contribuição social. Relata mais especificamente na Justiça do Trabalho da cidade de Joinville/SC, que implantou o CEJUSC e utiliza dessa ferramenta para diminuição dos processos trabalhistas. Serão apresentados ainda, os números dos acordos firmados durante os anos de 2018, 2019 e 2020.

Palavras chave: Autocomposição, Poder Judiciário, CEJUSC.

INTRODUÇÃO

O conflito é algo inerente da sociedade, onde há pessoas ele estará presente. Milhares de conflitos são colocados sob a tutela do poder judiciário diariamente, a fim da pacificação social. Uma das formas encontradas pelo poder judiciário para desafogar o sistema e dar um retorno mais célere ao jurisdicionados foi a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC.

O Código de Processo Civil busca em seu art. 3º o incentivo aos meios de mediação e conciliação, buscando a autocomposição e pacificação dos conflitos de forma mais célere e eficaz.

O problema que norteou o presente trabalho é: os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC conseguem solucionar os conflitos trabalhistas proporcionando uma diminuição no número de demandas judiciais?

Neste contexto, o objetivo geral deste trabalho é saber se o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC da Justiça do Trabalho da cidade Joinville/SC estão alcançando sua efetividade no desafogamento das varas trabalhistas.

Para tanto será necessário aprofundar o conhecimento sobre conciliação e mediação, demonstrar o que são os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, bem como analisar os números de resolução de conflitos ocorridos no CEJUSC na Justiça do Trabalho de Joinville/SC.

Foi utilizado pesquisa bibliográfica na parte metodológica, para trazer ao leitor conceitos sobre o tema. Ainda, o estudo apresenta uma análise e exposição dos dados do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC da Justiça de Trabalho da cidade de Joinville/SC.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

O Código de Processo Civil(CPC/2015), que entrou em vigor em março do ano de 2016, tem como um dos principais objetivos favorecer e prestigiar sempre que possível, as soluções de controvérsias obtidas diretamente pelos próprios litigantes, ou seja, sempre que possível o Estado promoverá a solução consensual dos conflitos.

1. Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 51.756 e Professora Universitária; Especialista em Direito e Processo do Trabalho; email: anaclaudiafernandes02@gmail.com;

A grande finalidade da solução consensual de conflitos, visa priorizar a celeridade processual, agindo as partes em mútua colaboração ou em colaboração com o Poder Judiciário.

Com efeito, a Lei n. 13.105/2015(CPC/2015) trouxe em suas disposições legais regras dirigidas a todos os profissionais atuantes no processo judicial, a fim de que este seja voltado à solução consensual dos litígios, o que poderá se dar a qualquer tempo. *In verbis*:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> [...]
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, WEB, 2015)

Ao comentarem os referidos dispositivos, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidieiro explicitam que:

> O novo Código tem como compromisso promover a solução consensual do litígio, sendo uma das suas marcas a viabilização de significativa abertura para a autonomia privada das partes - o que se manifesta não só no estímulo a que o resultado do processo seja fruto de um consenso das partes (art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC), mas também na possibilidade de estruturação contratual de determinados aspectos do processo (negócios processuais, art.190, CPC, e calendário processual, art.191, CPC). O juiz dirigirá o processo com a incumbência de promover, a qualquer tempo, a autocomposição**,** preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V, CPC). Os conciliadores e mediadores judiciais são auxiliares do juízo cujas atribuições estão disciplinadas nos arts.165 a 175, CPC. A Lei 13.140/2015 dispõe a respeito da mediação. (MARINONI/ARENHART, 2017, p. 159)

Com essa nova abordagem criada pelo CPC/2015, tanto nas salas de audiências, como até mesmo antes do ingresso da ação, busca-se a resolução do conflito de forma pacífica entre as partes, preconizando a celeridade processual.

Para que a autocomposição ocorra, as audiências serão presididas pelos novos membros do poder judiciário, quais sejam, os conciliadores e mediadores.

> A audiência é o ato pelo qual se ouvem as partes ou demais integrantes do processo (testemunha, peritos etc.). No processo do trabalho, a audiência tem grande relevância, uma vez que a maioria dos atos ocorrem nela, como é o caso das conciliações, apresentação de defesa, colheita de depoimento pessoais, oitiva das testemunhas, apresentação das razões finais e prolação de sentença. (MIESSA, 2016, p.315)

A audiência como um ato importante para o processo em si, determina o seu destino. No caso da audiência de conciliação, possibilita as partes que o litígio tenha uma solução ainda no início do processo, em tese resolvendo a lide e atendendo as necessidades das partes, abrindo-se mão da necessidade da jurisdição contencioso o que causa maiores desgastes e demora até o trânsito em julgado da sentença resolutiva de mérito.

> Embora a lei permita o fracionamento da audiência apenas no caso de força maior, a audiência una, especialmente nos grandes centros, ficou inviabilizada, passando os juízes e dividi-la em:
> Audiência inaugural: quando há a primeira proposta de conciliação e apresentação de defesa;
> Audiência de instrução (ou em prosseguimento): oportunidade em que ocorre a colheita de provas orais (interrogatório, oitiva das testemunhas, oitiva do perito e assistentes técnicos);
> Audiência de instrução de julgamento: publicação da sentença. (MIESSA, 2016, p. 318)

Proporcionar aos jurisdicionados o fracionamento da audiência, é tornar o processo mais célere, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, é uma forma de solucionar o conflito ainda no início da lide.

Embora não se olvide da relevância da audiência de conciliação e mediação, bem como do incentivo concedido pelo Código de Processo Civil para a autocomposição, de todos cediço que o acordo entre as partes pode ser celebrado a qualquer tempo e independe da provocação judicial.

1.1 Conciliação

Em um primeiro momento acredita-se que a função do conciliador e do mediador são as mesmas, entretanto, o Código de Processo Civil traz em seu art. 165, a função de cada um:

> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (BRASIL, 2015)

Na atuação do conciliador, este irá propor formas de solução do conflito, atuará de forma ativa na conciliação das partes.

> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015)

A atuação do mediador é facilmente observada nos conflitos envolvendo assuntos da Vara da Família, em que já existe um vínculo anterior. Outro exemplo são os conflitos apresentados as Câmaras de Arbitragem. Em ambos os casos, busca-se que as partes entre si consigam solucionar o conflito, apenas com a observação do mediador.

> O processo do trabalho dá ênfase à solução de conflito por meio da conciliação. É nesse contexto que o *caput* do art. 764 da CLT impõe que os "dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação". (MIESSA, 2016, p. 323)

Após a reforma trabalhista, esta que foi publicada em 2017, por meio da Lei 13.467, e alterou parte significativa da Consolidação das Leis Trabalhistas, notadamente a imposição dos honorários de sucumbência para parte perdedora, houve grande queda nos números de distribuição de processos trabalhistas, o que por si só já chegou a

desafogar as varas do trabalho pelo país, entretanto, a violação de direitos ainda continua, o que de qualquer forma leva a população a procurar o judiciário.

Diante disso, submeter as partes a autocomposição torna o processo mais célere, o que na Justiça do Trabalho não seria diferente. Em todos os litígios, os operadores do Direito buscam a resolução do conflito por meio da conciliação em todas as fases do processo, uma vez que ambas as partes, renunciando por vezes direitos ou se submetendo a outra parte entabulam um acordo no qual equitativamente saem ganhando.

1.2. Mediação

Regulamentada por meio da Lei nº 13.140 de 26 de julho de 2015, a Mediação será dirigida pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé.

A mediação poderá acontecer quando se tratar de assuntos judiciais ou extrajudiciais.

O mediador tem a função de ajudar as partes a observar o que está ocasionando o conflito, que elas possam sozinhas chegar a uma solução que atenda às necessidades de ambos, “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” (GUIA, WEB, 2016)

O ato de servir como intermediário para solucionar um conflito entre pessoas ou até mesmo grupos, faz parte da função da mediação, Spengler (2010) conceitua que mediação:

> é um mecanismo eminentemente extraprocessual, ou melhor, um mecanismo não processual. Ele está fora do processo (extra), mas em uma situação em que não há e nem haverá processo judicial. Por esse motivo ultimamente eu tenho preferido dizer: mediação é um mecanismo não processual. Em termos populares diria: mediação nada tem a ver com processo judicial. (SPENGLER, 2010, p.11)

Para o autor é preciso usar critérios científicos a fim de distinguir mediação da conciliação, para ele: mediação se aplica bem aos conflitos LATENTES e EMERGENTES, enquanto a conciliação se aplica melhor aos conflitos MANIFESTOS.” (SPENGLER, 2010, p. 11), ou seja, entende-se que as técnicas e as situações são diferentes, enquanto a mediação acontece antes do processo, já a conciliação dentro do processo.

A técnica da mediação “remonta às primeiras sociedades existentes e se encontra como uma das primeiras formas hábeis de resolver os conflitos, muito antes do surgimento do Estado” (SPENGLER, 2010, p. 17) o qual trouxe para si a função da tutela jurisdicional.

É possível observar que desde os tempos remotos a figura da mediação está presente na sociedade, a fim de conciliar as partes na resolução de um conflito, com o intuito de preservar a paz entre as pessoas.

Spengler explica que para que as formas de resolução de conflitos sejam efetivas “o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo” (SPENGLER, 2010, p.32)

> Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma

> resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

Com isso, é possível observar que as partes que são submetidas à mediação devem ter em mente que todos são ganhadores, e que nenhuma das partes sairá perdendo, ou seja, a mediação se torna efetiva e garante o Direito das partes.

Ainda, conclui-se que durante o processo litigioso ao final sempre haverá um ganhador e um perdedor, já nos processos submetidos à mediação busca-se que aja um ganhador e um ganhador, ou seja, as partes saem ganhando.

Outra característica da mediação para Spengler é que o método da mediação:

> [...] exige que o mediador não faça propostas, é importante destacar o alvo a que se pretende chegar. Não é possível aproximar pessoas quando não se lhes permite formular propostas e buscar soluções sem interferências de quem quer que seja. O mediador é aquele que apenas faz nascer um diálogo produtivo onde não existia diálogo ou onde o diálogo que existia está morrendo de inanição. O mediador é o que promove a negociação direta. Mediação é uma negociação incentivada e auxiliada. (SPENGLER, 2010, p. 11)

Com isso, observa-se que o mediador é aquele que proporciona as partes falarem sobre o conflito e sozinhos alcançar uma solução, sem a interferência direta do mediador.

O autor destaca que o objetivo da mediação “é pacificar pessoas (ainda que sejam pessoas jurídicas)”. (SPENGLER, 2010, p. 11)

Ainda que não esteja diretamente ligada ao processo, a mediação é um mecanismo de solução do conflito, sua apresentação se faz necessário quando se fala em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, uma vez que a mediação também faz parte do CEJUSC.

2. DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC

Por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e com o objetivo de atender aos jurisdicionados com maior celeridade, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC.

> A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - instituiu, em 2010, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, viabilizando o direito ao acesso à justiça para além da vertente formal, alcançando uma ordem jurídica justa e soluções efetivas (CF, art. 5º, XXXV), assegurando a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (art. 1º Res. 125).(E-PARANA, 2018/2019, p.6)

Na época da criação era o Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Cesar Peluso, na gestão 2010/2012, o qual tinha como objetivo a criação de meios alternativos de resolução de conflitos.

Em seu discurso no evento de “Seminário Mediação e Conciliação” em 28 de junho de 2011, o ministro Cesar Peluso *apud* Krueger (2018/2019), relatou as seguintes palavras:

> (...). Os magistrados devem entender que conciliar é tarefa tão ou mais essencial e nobre que dirigir processos ou expedir sentenças. É imperioso que o Judiciário coloque à disposição da sociedade outros modos de resolução de disputas além do meio tradicional de produção de sentenças, por vezes lento e custoso dos pontos de vista material e psicológico, e, quase sempre, de resultados nulos no plano das lides sociológicas subjacentes às lides processuais. Para agentes sociais que legitimamente anseiam por soluções rápidas, justas e profundas do ângulo de suas raízes pré-jurídicas e da dinâmica da sociedade, parece extremamente frutífero tentar resolver os conflitos de modo pacífico, mediante consensos que nasçam do diálogo e das disposições dos próprios interessados, sujeitos e senhores das disputas. Com base nessa visão do problema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução n. 125, que criou as bases da implantação de uma "Política Nacional de Conciliação". O programa conta com dois objetivos básicos. Em primeiro lugar, firmar, entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes. A Resolução nº 125 estabelece a estrutura e os procedimentos para o encaminhamento das partes para a conciliação ou a mediação. Daí a previsão da criação dos "CENTROS", que possam atender aos cidadãos que busquem solução de seus conflitos, dirigindo-os para a conciliação ou mediação pré-processuais, para a conciliação ou mediação em processos já iniciados, ou apenas conduzindo-os ao órgão competente, se a questão estiver fora das atribuições dos "CENTROS" ou da própria Justiça da qual estes façam parte. Os "NÚCLEOS", órgãos administrativos dos tribunais com a função de supervisão das atividades relacionadas aos métodos consensuais de solução de conflitos, são, na concepção que inspirou a Resolução nº 125, a fonte da qual irradiam as diretrizes e as políticas locais para o tratamento da demanda, observada sempre a política nacional, calcada, em última análise, na garantia de acesso à Justiça. A noção de acesso à Justiça já não pode limitar-se ao ingresso no sistema oficial de solução adjudicada de conflitos. O acesso deve significar, para o interessado, a possibilidade de estar diante do juiz, de dialogar com ele e influenciar sua decisão, apresentando-lhe diretamente os argumentos. Essa maior integração das partes na solução dos conflitos, guiada, sobretudo, pelo princípio da oralidade, não teria sentido se não lhes fosse dada a oportunidade de engendrar ou conceber sua própria decisão, compondo por si mesmas o litígio. Em outras palavras, é preciso difundir a cultura da conciliação e torná-la, como via alternativa aos jurisdicionados, um instrumento à disposição do Poder Judiciário na indelegável tarefa substantiva de pacificador social. (...).(KRUEGER, 2018/2019, p. 107)

Ao teor do discurso Ministro Cesar Peluso destaca-se a importância do magistrado dar especial atenção a resolução da lide por meio da conciliação e mediação, porquanto o processo de mérito de uma demanda pode causar danos de ordem material e psicológica, resultando na demora de uma prestação jurisdicional. Portanto, para o Ministro uma solução rápida e justa para as partes, é senão, quando elas mesmas chegam a um acordo equitativo.

Neste norte, um exemplo de tratamento adequado dos conflitos foi a criação dos CEJUSCs, um retorno do judiciário tanto para a população quanto para os operadores do Direito.

No CEJUSC se “concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos” (CNJ, 2010)

Krueger, relata que o CEJUSC tem: “a finalidade de empoderamento das pessoas em um lugar de paz e equilíbrio” (2018/2019, p. 105). Pensar dessa forma, traz mais humanidade ao problema dos jurisdicionados, que buscam no judiciário a solução dos seus conflitos.

A autora conceitua o CEJUSC como: “é a unidade judiciária que tem por finalidade assegurar ao jurisdicionado o direito a solução de seus conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. ” (KRUEGER, 2018/2019, p. 105), nesse sentido nem todos os assuntos submetidos a tutela do poder judiciário estão aptos para serem conciliados nos CEJUSC, muitos precisarão da figura do juiz como solucionador do litígio.

Sua função é “a realização de audiências e sessões de conciliação e mediação de forma centralizada, bem como outros serviços de atendimento e orientação ao cidadão. “ (GUIA, 2016)

A criação dos CEJUSC foi uma forma do judiciário de tentar conter a explosão de litigiosidade. ”O CEJUSC, contudo, tem como principal tarefa desenvolver Políticas Públicas de Tratamento Adequado de Conflitos, de forma que evite a judicialização” (GUIA, 2016)

O art. 10, da Resolução 125/CNJ, estabelece que: “Cada unidade dos Centros deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania.”.

Na Justiça do Trabalho o CEJUSC busca o desafogamento dos processos trabalhistas, uma vez que após a distribuição do processo pela parte Reclamante, o processo é submetido ao CEJUSC antes da distribuição para a vara competente.

Em muitos casos, como será visto no próximo capítulo, grande parte dos processos tem seu conflito solucionado nas próprias mesas de conciliação do CEJUSC, facilitando o trabalho das varas trabalhistas, que irão receber menos demanda judicial.

> Os processos são remetidos aos CEJUSCs mediante carga eletrônica da vara de origem. O feito é enviado ao CEJUSC, que designa a data da sessão conforme a disponibilidade de facilitadores, e o devolve à vara, que procederá ao chamamento das partes pelas vias de comunicação adequadas à espécie, por citação ou intimação. (GUIA, 2016)

Outro ponto a ser observado é que o CEJUSC não está obrigado a receber todos os processos de todas as varas, ou seja, busca chegar “a autocomposição conforme sua estrutura física e funcional, podendo, se for o caso, limitar o número de ações recebidas para viabilizar o atendimento extraprocessual.” (GUIA, 2016)

Além de buscar a celeridade processual, deve-se observar se o CEJUSC garante as partes que a solução seja justa, em que ambos possam chegar ao final satisfeitas e até mesmo contente com o resultado da conciliação, e não apenas alcançar metas e números.

Para Krueger (2018/2019) desde a criação dos CEJUSCs os usuários estão satisfeitos com o resultado dos serviços prestados, uma vez levam ao judiciários seus problemas e têm de forma mais célere a apreciação e em muitos casos a solução do conflito.

3. EFETIVIDADE DO CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC DA JUSTIÇA DO TRABALHO DE JOINVILLE/SC

A função do CEJUSC é a de solucionar os conflitos por meio da conciliação e mediação, como visto no capítulo anterior, na Justiça do Trabalho também existe a este mecanismo de autocomposição.

Neste capítulo será apresentado ao leitor o centro judiciário de solução de conflitos e cidadania – CEJUSC da justiça do trabalho de Joinville/SC, serão analisados os números de conciliações realizadas dos anos de 2018, 2019 e 2020.

3.1 Da criação e funcionamento

Inaugurado em 27 de julho de 2018, o Centro de Conciliação de Joinville tem como objetivo “criar um ambiente que favoreça o clima de cooperação e estimule o diálogo entre as partes, ampliando o número de acordos” (NOGUEIRA; WOSGRAU, 2018).

A sede do CEJUSC para resolução de conflitos trabalhistas tem sua sede na própria Justiça do Trabalho de Joinville/SC, na Rua do Príncipe, nº 31, Bairro Centro, com um andar inteiro reservado o atendimento das partes. As audiências são previamente agendadas com a intimação das partes.

Joinville por ser a maior cidade do estado de Santa Catarina e por possuir grande número de indústrias possui grandes demandas trabalhistas, o que acaba por sobrecarregar as varas do trabalho, gerando uma grande morosidade na resolução dos processos.

A criação do CEJUSC teve como principal objetivo melhorar essa situação e segundo a desembargadora Presidente Mari Eleda da Justiça do Trabalho, que esteve presente no dia da inauguração do centro, “Aqui se afirma a ideia de que conciliar é conciliar e processar é processar. A conciliação descola-se do processo e passa a ter seu momento majestático, o espaço onde ela é rainha e senhora” (NOGUEIRA; WOSGRAU, 2018)

Destacou ainda a Presidente Mari Eleda:

> “Trata-se de uma nova forma de abordar o problema: a conciliação cientificamente conduzida, com métodos, momento e abordagens diferenciadas para o aperfeiçoamento de resultados. Servidores, magistrados, advogados, todos são preparados para ajudar as partes a construir uma solução de autocomposição, que respeite sua livre vontade - afinal, são elas os atores principais do processo” (NOGUEIRA; WOSGRAU, 2018)

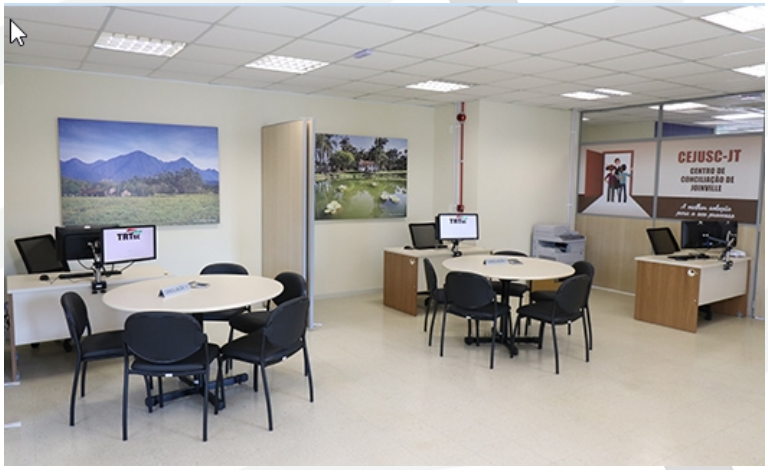
Com isso, é possível observar que todos os operadores estão voltados para a conciliação, não só por se tratar da diminuição dos processos trabalhistas, mas como forma de dar um respaldo à sociedade.

A juíza da 2ª Vara do Trabalho de Joinville, Dra. Tatiana Russi, coordenadora do CEJUSC da cidade, que esteve presente na inauguração afirmou a importância da autocomposição:

> É a alternativa que mais contribui para a paz social. E o restabelecimento da paz social sempre foi e sempre será o maior objetivo da Justiça”, observou a juíza, que encerrou o discurso solicitando a colaboração e o apoio de todos - juízes, advogados e servidores - “para que consigamos alcançar excelentes resultados” (NOGUEIRA; WOSGRAU, 2018)

Nas mesas redondas do CEJUSC estarão presentes as partes, seus advogados e um conciliador, proporcionando maior entrosamento nas tentativas de acordo.







Ter um espaço físico voltado para a solução de conflitos demonstra que o judiciário está focado no aumento no número de acordos trabalhistas. O espaço assegura sua efetividade na garantia do Direito, no sentido de ser reservado apenas para a autocomposição, as partes podem dialogar sem pressa, de forma organizada com a participação do conciliador e a supervisão de um juiz.

A desembargadora Mari Eleda citado por Nogueira (2018), presidente do TRT-SC destaca a importância do ambiente voltado para a resolução do conflito: “É um momento destinado à reconstrução da relação quebrada. Não há processo na sala de conciliação, não se busca um juiz para decidir em favor de A ou B, mas sim uma solução que atenda aos interesses de A e B”

3.2 Da atuação do CEJUSC na Justiça do Trabalho de Joinville/SC

Os gráficos 1 a 4 são referentes ao ano de 2018, o qual foi publicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 28/01/2019. Cabe esclarecer que a criação do Cejusc de Joinville/SC ocorreu no mês de julho do referido ano.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 12ª REGIÃO
SECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA
SERVIÇO DE ESTATÍSTICA E PESQUISA

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO - CEJUSC 1º GRAU

CEJUSC - JOINVILLE

					CEJUSC - CONHECIMENTO				CEJUSC - LIQUIDAÇÃO						
					DEVOLVIDOS À ORIGEM						DEVOLVIDOS À ORIGEM				
					Impossibilidade de acordo		Com tentativa acordo				Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
Mês	CEJUSC	CASOS NOVOS DA VT NO MÊS	PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
jul/18	CEJUSCJVE	590	59	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	-
ago/18	CEJUSCJVE	610	428	252	19	72	107	121	2	0	0	0	0	0	-
set/18	CEJUSCJVE	438	250	183	13	83	76	81	2	1	0	0	1	0	100,0%
out/18	CEJUSCJVE	565	316	238	31	52	86	124	7	4	0	0	3	1	75,0%
nov/18	CEJUSCJVE	457	240	191	46	81	52	77	6	5	0	0	3	2	60,0%
dez/18	CEJUSCJVE	422	183	229	42	50	50	136	1	3	0	0	2	1	66,7%
	TOTAL	3082	1476	1093	151	340	371	539	18	13	0	0	9	4	69,2%

Gráfico 1 e 2 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

CEJUSC - EXECUÇÃO

PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
		Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
		Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
0	0	0	0	0	0	-
21	2	0	0	2	0	100,0%
43	26	4	0	12	8	60,0%
36	2	0	0	2	0	100,0%
23	42	5	0	23	10	69,7%
4	4	0	0	2	2	50,0%
127	76	9	0	41	20	67,2%

VALORES

ACORDOS REALIZADOS	CUSTAS	PREVIDÊNCIA	IMPOSTO DE RENDA
R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 1.098.354,74	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 1.002.265,55	R$ 0,00	R$ 250,00	R$ 0,00
R$ 570.462,61	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 789.012,78	R$ 390,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 535.009,50	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 3.995.105,18	R$ 390,00	R$ 250,00	R$ 0,00

Gráfico 3 e 4 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

Nos gráficos acima é possível observar que no ano de 2018, dos processos de conhecimento submetidos ao CEJUSC, 40,8% foram conciliados, já nos processos de liquidação, 69,2% e nos processos de execução, 67,2%, os acordos alcançaram o montante de R$ 3.995.105,18.

É possível observar que já no primeiro ano da criação do CEJUSC em Joinville/SC grande parte dos processos tiveram êxito na conciliação.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 12ª REGIÃO
SECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA
SERVIÇO DE ESTATÍSTICA E PESQUISA

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO - CEJUSC 1º GRAU

CEJUSC - JOINVILLE

CEJUSC - CONHECIMENTO

Mês	CEJUSC	CASOS NOVOS DA VT NO MÊS	PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
					Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
					Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
jan.19	CEJUSC/JVE	408	275	20	0	23	9	10	47,4%
fev.19	CEJUSC/JVE	547	298	245	26	59	71	145	32,9%
mar.19	CEJUSC/JVE	550	476	260	19	85	71	166	30,0%
abr.19	CEJUSC/JVE	644	380	336	11	45	76	233	24,6%
mai.19	CEJUSC/JVE	692	404	421	36	85	115	255	31,1%
jun.19	CEJUSC/JVE	511	344	361	20	32	111	222	33,3%
jul.19	CEJUSC/JVE	597	312	292	27	38	94	160	37,0%
ago.19	CEJUSC/JVE	572	512	316	40	75	71	159	30,9%
set.19	CEJUSC/JVE	531	412	329	47	49	80	229	25,9%
out.19	CEJUSC/JVE	579	401	346	22	67	58	205	22,1%
nov.19	CEJUSC/JVE	567	423	323	22	39	85	253	25,1%
dez.19	CEJUSC/JVE	429	225	199	18	23	35	136	20,5%
	TOTAL	6627	4462	3448	288	620	876	2173	28,7%

CEJUSC - LIQUIDAÇÃO

PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
		Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
		Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
0	0	0	0	0	0	-
10	8	0	0	2	6	25,0%
1	0	0	0	0	0	-
3	0	0	0	0	0	-
15	13	0	0	7	6	53,8%
1	2	0	0	2	0	100,0%
4	2	0	0	1	1	50,0%
4	2	0	0	1	1	50,0%
15	12	0	0	7	5	58,3%
2	5	0	0	1	4	20,0%
2	1	0	0	1	0	100,0%
0	0	0	0	0	0	-
57	45	0	0	22	23	48,9%

Gráfico 5 e 6 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

CEJUSC - EXECUÇÃO

PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
		Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
		Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
8	2	0	0	0	3	0,0%
10	8	0	0	3	5	37,5%
24	5	0	1	3	3	50,0%
38	14	0	1	7	8	46,7%
26	33	1	2	17	20	45,9%
16	13	0	2	9	7	56,3%
21	23	0	1	7	23	23,3%
37	21	0	4	10	8	55,6%
20	34	0	3	28	17	62,2%
23	11	0	0	11	7	61,1%
21	20	0	1	9	16	36,0%
10	12	0	0	8	7	53,3%
254	196	1	15	112	124	47,5%

VALORES

ACORDOS REALIZADOS	CUSTAS	PREVIDÊNCIA	IMPOSTO DE RENDA
R$ 139.605,07	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 738.591,06	R$ 1.567,30	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 567.218,55	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 1.150.441,97	R$ 960,99	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 2.440.800,12	R$ 4.364,93	R$ 20.860,13	R$ 0,00
R$ 1.385.158,65	R$ 624,27	R$ 7.887,50	R$ 0,00
R$ 1.077.493,04	R$ 805,00	R$ 11.828,49	R$ 0,00
R$ 1.687.247,90	R$ 1.060,17	R$ 42.218,65	R$ 0,00
R$ 1.806.584,90	R$ 220,64	R$ 3.841,06	R$ 0,00
R$ 937.231,68	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 1.897.660,50	R$ 340,00	R$ 716,40	R$ 0,00
R$ 536.116,42	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 14.364.149,86	R$ 9.943,30	R$ 87.352,23	R$ 0,00

Gráfico 7 e 8 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

Os gráficos 5 a 8 são referentes ao ano de 2019, o segundo ano de criação do CEJUSC, o qual foi publicado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região de Santa Catarina em 10/06/2020.

Nestes gráficos o desempenho do CEJUSC não foi tão bom quanto no ano de 2018, verifica-se que ao longo do ano, que os processos de conhecimento conciliados representam apenas 28,7%, os processos de liquidação, 48,9% e os processos de execução, 47,9%, entretanto, a representatividade em valores foi bastante significativa, chegou a R$ 14.364.149,86.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 12ª REGIÃO
SECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA
SERVIÇO DE ESTATÍSTICA E PESQUISA

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO - CEJUSC 1º GRAU

CEJUSC - JOINVILLE

CEJUSC - CONHECIMENTO

Mês	CEJUSC	CASOS NOVOS DA VT NO MÊS	PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
					Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
					Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
jan.20	Joinville	344	328	183	31	112	26	123	17,4%
fev.20	Joinville	508	240	379	56	61	60	174	-
mar.20	Joinville	656	166	255	46	284	54	228	19,1%
abr.20	Joinville	582	-	-	-	-	-	-	-
mai.20	Joinville	487	-	-	-	-	-	-	-
jun.20	Joinville	595	366	71	12	52	18	40	31,0%
jul.20	Joinville								
ago.20	Joinville								
set.20	Joinville								
out.20	Joinville								
nov.20	Joinville								
dez.20	Joinville								
	TOTAL	3172	1100	888	145	509	158	565	21,9%

CEJUSC - LIQUIDAÇÃO

PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
		Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
		Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
2	0	0	0	0	0	-
0	3	0	0	1	1	-
1	0	0	0	0	1	0,0%
-	-	-	-	-	-	-
-	-	-	-	-	-	-
1	0	0	0	0	0	-
4	3	0	0	1	2	33,3%

Gráfico 9 e 10 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

CEJUSC - EXECUÇÃO

PROCESSOS RECEBIDOS NO MÊS	Nº DE AUDIÊNCIAS REALIZADAS NO MÊS	DEVOLVIDOS À ORIGEM				
		Impossibilidade de acordo		Com tentativa de acordo		
		Ausência das partes	Outras situações	CONCILIADOS	NÃO CONCILIADOS	% CONCILIADO
10	5	0	1	2	5	28,6%
7	12	0	2	8	6	-
17	4	0	7	7	7	50,0%
-	-	-	-	-	-	-
-	-	-	-	-	-	-
10	2	0	0	1	2	33,3%
44	23	0	10	18	20	47,4%

VALORES

ACORDOS REALIZADOS	CUSTAS	PREVIDÊNCIA	IMPOSTO DE RENDA
R$ 154.665,17	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 638.563,23	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 2.578.765,86	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
-	-	-	-
-	-	-	-
R$ 1.361.321,69	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00
R$ 4.733.315,95	R$ 0,00	R$ 0,00	R$ 0,00

Gráfico 11 e 12 – Fonte: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g

Os gráficos 9 a 12 se referem ao ano de 2020, parcialmente apresentado até o mês de elaboração deste trabalho, cabe esclarecer que devido a suspensão das atividade por causa da pandemia nacional do ano de 2020, o CEJUSC de Joinville parou de atuar durante dois meses e retornou com as conciliações por meio eletrônico.

Nestes gráficos verifica-se que houve apenas 21,9% dos processos de conhecimento conciliados, nos processos de liquidação, 33,3% e de execução, 47,4%, e em termo de valores, R$ 4.733.315,95.

3.2.1 Análise dos resultados

A atuação do CEJUSC na Justiça do Trabalho de Joinville/SC é bastante eficaz, o que está representado pelos números expostos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região de Santa Catarina.

Esta transparência monstra uma preocupação do Tribunal com a sociedade e os operadores do Direito, que podem verificar periodicamente que o trabalho do judiciário está sendo realizado.

Antes da criação do CEJUSC na cidade de Joinville, segundo Nogueira (WEB, 2018), os números são o seguinte: “De janeiro a junho deste ano as cinco varas de Joinville solucionaram 4,4 mil processos, sendo 46,1% (2 mil) por acordo, índice ligeiramente superior à média estadual no período (43,3%).”

Já após a criação do centro, verifica-se pelos próprios gráficos apresentados que dos processos submetidos ao CEJUSC aproximadamente a metade tem êxito na conciliação, mas quando se observa a representatividade destas conciliações em valores, tem-se que são números expressivos, ou seja, atendem as necessidades das partes.

Acredita-se que existem vários fatores para que ao final da conciliação as partes alcancem um acordo, entre eles a própria garantia do Direito pleiteado, ou seja, em muitos casos cabe a uma terceira pessoa, que neste caso será o juiz, decidir pelas partes para assegurar a justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativos avanços em termos de soluções alternativas de resolução de conflitos, em contraposição a cultura da litigiosidade impregnada na sociedade atual. As medidas em comento, porém, prestam-se ao incentivo à autocomposição, e como tal, devem despir-se de qualquer postura impositiva, que iria de flagrante encontro com os ideais das referidas inovações legislativas.

O Código de Processo Civil de 2015 foi o propulsor da cultura da autocomposição, por meio da conciliação e mediação. Após sua criação, várias esferas do Poder Judiciário criaram políticas para levar ao alcance da população celeridade processual e uma forma de resolução de conflito em que todas as partes ganham.

A finalidade da mediação e conciliação, instituição com maior relevância no Código de Processo Civil de 2015, é de que as partes assumam a tarefa de resolver seus próprios conflitos, participando ativamente da solução que, por isso mesmo, tenderá a ser "mais justa".

A criação dos CEJUSCs foi uma das formas de resolução de conflitos em todas as áreas do Direito, ou seja, se a matéria for passível de autocomposição, está será levada aos CEJUSCs.

É possível observar que já no primeiro ano da criação do CEJUSC em Joinville/SC grande parte dos processos tiveram êxito na conciliação.

Conforme se extrai dos gráficos contidos neste trabalho é possível observar que no ano de 2018 data da criação do CEJUSC em Joinville/SC, os processos de conhecimento submetidos ao CEJUSC, 40,8% foram conciliados, já nos processos de liquidação, 69,2% e nos processos de execução, 67,2%, os acordos alcançaram o montante de R$ 3.995.105,18. O gráfico demonstra na prática, com os números de acordos realizados no CEJUSC- Joinville/SC que as expectativas sobre a instalação do CEJUSC em Joinville/SC foram alcançadas com sucesso.

Ter um espaço destinado exclusivamente para este fim, proporciona retirar as partes de um ambiente processual, sendo aquele que coloca uma parte de frente para outra, representando a disputa do litígio, ou seja, é um novo ambiente em que as partes vivem um momento próprio e específico para a finalidade da resolução do conflito.

Na justiça do trabalho o CEJUSC teve um grande avanço no atendimento da população, submetendo os processos trabalhistas antes da sua distribuição à conciliação das partes.

Mais especificamente na Justiça do Trabalho da cidade de Joinville/SC, desde a criação do CEJUSC tanto a população como os serventuários estão se beneficiando. Conforme demonstrado ao longo do trabalho, boa parte dos processos submetidos a conciliação prévia tiveram êxito nos acordos, com valores acordados expressivos.

Em suma, ficou evidente a importância do CEJUSC para a celeridade processual e a transparência às partes do processo para solução do conflito pelos conciliadores.

Por fim, conflitos sempre irão existir em uma sociedade, e quanto mais aumenta a sociedade ainda mais haverá, a partir do momento em que a sociedade procura o judiciário para solucionar seus problemas, cabe ao judiciário o retorno e criação de formas para pacificação social, ou seja, é a busca pelo fim da litigiosidade e a criação da cultura da conciliação.

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Resolução Nº 125 de 29/11/2010.

E-PARANA JUDICIÁRIO: Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná / Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Centro de Documentação, v. 5, n. 10, Curitiba, ago. 2018/jan. 2019.

JUSTIÇA DO TRABALHO TRT da 12º Região (SC). **Mapas Estatísticos dos Centros de Conciliação de 1º Grau (CEJUSC)**. Disponível em: https://portal.trt12.jus.br/SEESTP_cejusc1g. Acesso: 30 jul 2020.

KRUEGER, Denise Terezinha Correa de Melo. **CEJUSC – “ser ou não ser, eis a questão”.** Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/5936733/e-parana+judiciario+n.+10/d7a3c384-addd-b31c-6353-a225099c2393. Acesso em: 30 jul 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Vol. 1. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 159, 2017

NOGUEIRA, Carlos. **Centro de Conciliação de Joinville será inaugurado nesta sexta para elevar índice de acordos.** Disponível em: http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2018/julho.jsp. Acesso em: 30 jul 2020.

NOGUEIRA, Carlos; WOSGRAU, Clayton. **Maior cidade do estado, Joinville ganha Centro de Conciliação Trabalhista.** Disponível em: http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2018/julho.jsp. Acesso em: 29 jul 2020.

NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Guia Prático de Mediação Judicial e Conciliação.** Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/GuiaPraticoMedicaoJudConc.pdf. Acesso em: 29 jul 2020.

MIESSA, Élisson. **Processo do Trabalho – Para os concursos de Analista do TRT e do MPU**. 4ª ed. Bahia. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; Theobaldo Spengler Neto. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei.** 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETROS DA ANÁLISE DE MÉRITO

Diego Machado Postai[1]
Grasiela Grosselli[2]

Resumo: O constante ativismo judicial e sua interferência no mérito administrativo de atos discricionários criam uma constante instabilidade jurídica e põe em risco o sistema democrático de direito. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo verificar se há autorização constitucional para que o Poder Judiciário possa realizar controle de mérito dos atos administrativos discricionários expedidos pelo Poder Executivo. O tema foi abordado com base na concepção de uma teoria clássica legalista, em contraste com uma doutrina moderna que preza pela aplicação de princípios basilares constitucionais, além de entendimentos jurisprudenciais. Por fim, foi tratado sobre alguns parâmetros para autocontenção do Poder Judiciário quando da análise de mérito dos atos administrativos discricionários.

Palavras-chave: Atos Administrativos. Controle Judicial. Discricionariedade.

INTRODUÇÃO

Uma das funções conferidas a cada um dos Poderes da República é o mútuo controle exercido pelo dever de fiscalização. Toda pessoa pode provocar o Poder Judiciário para análise de uma determinada situação jurídica quando se sentir lesado ou sofrer ameaça de lesão, conforme estabelecido na Carta Magna de 1988. Quando o ato lesivo é oriundo de um desses poderes, tem-se a possibilidade de o Poder Judiciário realizar uma análise de legalidade do ato impugnado.

Entretanto, existem situações em que o Poder Judiciário deve conter-se, tal qual na análise de mérito de um ato administrativo levado à discussão judicial. Isso, pois, em cenários como esses, há elementos que são de cunho discricionário, que foram conferidos constitucionalmente ao agente público responsável pela análise da conveniência e da oportunidade.

Ocorre que, no atual cenário brasileiro, principalmente em meio à pandemia decorrente do coronavírus (Sars-Cov-2), não raras as vezes deparam-se com notícias veiculadas na imprensa sobre a anulação e/ou modificação de uma decisão administrativa proferida por um agente público competente do Poder Executivo, ou até mesmo do Poder Legislativo. Nesses casos, o Poder Judiciário vem imiscuir em elementos discricionários de alguns atos administrativos. Essa interferência, além de criar uma constante instabilidade jurídica, põe em risco o próprio sistema democrático de direito.

Desse modo, busca-se neste artigo, verificar se há autorização constitucional para que o Poder Judiciário possa realizar controle de mérito dos atos administrativos discricionários expedidos pelo Poder Executivo.

Na realização desse estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como principal fonte referencial, além de pesquisas jurisprudenciais nos Tribunais Superiores. Realizou-se análise comparativa entre a corrente que defende um exame estrito de legalidade do

1. Graduando no curso de Direito do Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC); técnico em Contabilidade pela Faculdade de Tecnologia SENAC Tubarão. E-mail: diegomachadopostai@gmail.com.
2. Advogada inscrita nos quadros da OAB/SC sob o nº 24.261; professora no curso de Direito do Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC). Mestra em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: grasiela.grosselli@unisociesc.com.br.

ato administrativo e aquela que justifica o julgamento do mérito administrativo com base em princípios constitucionais, notadamente da proporcionalidade e da razoabilidade.

A construção dessa pesquisa subdividiu-se em três tópicos. Inicialmente, discorre-se sobre o princípio constitucional da separação dos Poderes da República, de forma a delimitar as competências típicas e atípicas exercidas por eles. Em seguida, explana-se o conteúdo atinente aos atos administrativos, distinguindo seu conceito, elementos e características mais importantes para compreensão deste trabalho. Por derradeiro, aborda-se o controle judicial de mérito dos atos administrativos discricionários e os parâmetros para sua análise, ponderando os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES CONSTITUÍDOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 definiu e organizou, de forma clara e objetiva, a competência ordinária de cada um dos Poderes do Estado. No artigo 2º, dispõe que eles são *"independentes e harmônicos entre si"* (BRASIL, 1988). Isto quer dizer que, embora independentes, cabe também a cada um deles o controle e fiscalização sobre os demais, a fim de conter eventuais abusos cometidos, prevenindo-se violações aos direitos tutelados pela Lei Maior.

Mendes (2011) sustenta a necessidade da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, chamando-a de um meio de *"freios e contrapesos"*, justamente para preservar o sistema democrático de direito. Isso porque ela veda a possibilidade de apenas um dos poderes obter toda a competência de legislar, executar e julgar. Além disso, evita que o exercício das funções típicas seja operado com abuso de poder.

Observa-se que a necessidade de um sistema onde os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam separados entre si, sob pena de privação da liberdade, remonta aos ensinamentos de Montesquieu (1985, p. 148/149), posto que *"não haverá [...] liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo*".

Segundo Barroso (2018b, p. 113), a independência dos poderes demanda:

> na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.

Muito embora o modelo tripartite consolide funções típicas para cada um dos poderes, observa-se que a Carta Magna de 1988 também atribuiu funções atípicas, o que não necessariamente significa que são exercidas de modo excepcional. Sabe-se que o Poder Executivo possui como função típica, por exemplo, a administração do Estado e a execução de atos administrativos para movimento da máquina pública. Entretanto, exerce função atípica quando edita uma Medida Provisória, inovando o ordenamento jurídico (função legislativa), ou ainda, quando julga processos administrativos disciplinares ou licitatórios (função judiciária).

Por sua vez, o Poder Legislativo possui como função típica a criação de novas normas, a edição de Lei Ordinárias, Leis Complementares, Decretos Legislativos, entre outros. Todavia, exerce função atípica quando dispõe sobre a sua organização interna, com a criação de cargos, concessão de licenças aos servidores, dentre outros (função

executiva). O Legislativo também exerce função atípica quando realiza julgamento do Presidente da República nos casos de crime de responsabilidade (função judiciária).

Por derradeiro, o Poder Judiciário possui como função típica o julgamento de conflitos. Contudo, exerce função atípica quando estabelece as funções de cada órgão do tribunal, realiza processos administrativos ou organiza seu quadro de servidores (função executiva). Além disso, observa-se a atipicidade quando edita regimentos internos, com normas regulamentando o funcionamento de cada comarca e do próprio tribunal (função legislativa) (PAULO; ALEXANDRINO, 2011).

Nesse viés, tem-se que, muito embora cada um dos Poderes do Estado contenha uma função típica, constitucionalmente prevista para atuação no ordenamento jurídico, esses exercerão, necessariamente, funções atípicas. Entretanto, essas não serão consideradas violações da separação dos poderes, posto que são situações excepcionais e específicas, constitucionalmente permitidas.

Mendes (2011) afirma, ainda, que o modelo tripartite pressupõe que a divisão dos poderes, diluídas as suas funções, controlem-se mutuamente. Assim, evita-se a concentração de forças sob um único mando, preservando a liberdade no sistema democrático de direito. Nesse sentido, retrocede-se ao disposto no artigo 2º da Carta Magna de 1988, garantindo que esse sistema deva conter os Poderes independentes e harmônicos entre si.

Isso porque, conforme tese levantada por Montesquieu (1985, p. 148/149),

> tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Assim, ante a separação das competências, é perspicaz que o exercício de uma função típica por um dos poderes que não possui legitimidade constitucional para tal, ofende o princípio constitucional tutelado por cláusula pétrea, segundo bem dispõe o artigo 60, §4º, inciso III da Constituição de 1988.

Contudo, há de se observar que um dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta Constitucional garante que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* (BRASIL, 1988). Nesse viés, é concebível ao cidadão levar ao conhecimento do Poder Judiciário demandas para análise de legalidade e/ou constitucionalidade de atos de quaisquer dos Poderes da República, visando a anulação de sua aplicação quando eivados de arbitrariedade.

Para Branco e Mendes (2021, p. 801/803),

> o texto constitucional estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, enfatizando que a proteção judicial efetiva abrange não só as ofensas diretas, mas também as ameaças (art. 5º, XXXV). A Constituição não exige que, essa lesão ou ameaça seja, proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados. [...] Ressalte-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão concreta como também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção do direito.

Desse modo, diante da garantia constitucional, qualquer pessoa possui o direito subjetivo de provocar o Poder Judiciário para exercer a sua função típica jurisdicional,

resolvendo o conflito que foi levado ao seu conhecimento através da fiel aplicação da lei e da Constituição Federal de 1988 (análise de legalidade e constitucionalidade).

2. CONSTITUIÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos decorrem da natureza jurídica pública do Estado, sendo consequência da própria função administrativa. Para Marinela (2017, p. 327), *"o ato administrativo é nada mais do que um ato jurídico, tratando-se de uma manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos, caracterizando-se como uma espécie do gênero ato jurídico"*. Observa-se, portanto, uma analogia do conceito exposto no artigo 81 do Código Civil de 1916, o qual define o ato jurídico como aquele *"que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos"*.

Nesse viés, são considerados atos administrativos toda a manifestação da vontade do Poder Público, que se exteriorizam e constituem por meio dos agentes públicos instituídos em cargos e funções. Outro ponto crucial para constituição do ato administrativo é que o conteúdo dele seja necessariamente voltado ao interesse público.

2.1 Elementos do ato administrativo

No âmbito do direito privado, os atos jurídicos necessitam de três elementos obrigatórios para sua validade, sendo necessário um sujeito capaz, um objeto lícito e possível e, por derradeiro, uma forma prevista ou não em lei. Sundfeld (2017, p. 86) afirma que o ato jurídico *"pode resultar de eventos que, embora não sejam manifestações de vontade humana, transmitam um comando a outrem"*. Entretanto, nos atos administrativos agregam-se outros dois elementos essenciais: o motivo e a finalidade. Após constituídos, aqueles podem ser classificados como vinculados ou discricionários, possuindo atributos que os diferem dos atos jurídicos.

A classificação dos elementos do ato administrativo advém da doutrina clássica do direito administrativo, baseada nos requisitos estabelecidos no artigo 2º, da Lei nº 4.717/65, que regula os procedimentos para o ajuizamento da ação popular. Dessa maneira, de acordo com a dita legislação, são condições para o ato administrativo: 1) competência; 2) forma; 3) objeto; 4) motivo; e 5) finalidade.

2.1.1 Competência

Para que um ato administrativo tenha validade no mundo jurídico, é necessário que sua autoria seja de um sujeito com capacidade civil, aliado à competência administrativa, detendo atribuições funcionais pelo cargo ou função investida no Estado. A competência é um requisito vinculado do ato, admitindo-se delegação nos casos autorizados em lei.

Nas palavras de Marinela (2017, p. 332),

> os atos administrativos não podem ser praticados por qualquer pessoa. O sujeito competente deve ser necessariamente um agente público, que é o conceito mais amplo encontrado na doutrina, consistindo em qualquer pessoa que exerça de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração, uma função pública, devendo estar, de alguma forma, ligada à Administração Pública.

De regra, um ato administrativo é praticado por agentes vinculados à Administração Pública de direito público (administração direta, autarquias, fundações públicas de direito público e consórcios públicos). Todavia, em alguns casos, pessoas com natureza jurídica de direito privado também detêm competência para formalizar um ato administrativo. É o que acontece nas empresas de direito privado que prestam serviços públicos ou exploram

atividade econômica (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, também, em empresas com capital totalmente privado que exerçam uma função delegada (universidades privadas), equiparando-se à autoridade administrativa.

2.1.2 Forma

A forma é um elemento vinculado pelo qual o agente público exterioriza a finalidade pública do ato administrativo. De regra, é adotada a forma escrita, como meio de obter o controle de responsabilidade do agente administrativo.

Nos ensinamentos de Di Pietro (2018, p. 288),

> a obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria etc.), a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada [...] Até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância.

Excepcionalmente, os atos administrativos são constituídos através da informalidade, tais como em situações de urgência ou quando a própria legislação autoriza (elemento vinculado) a dispensa de uma forma escrita. Contratos verbais da Administração Pública, apitos da Autoridade Policial e sinais indicativos de placas de trânsito são exemplos de atos administrativos que são constituídos pelo meio verbal, sonoro e visual, respectivamente, não se observando vícios, posto que autorizados pela legislação.

2.1.3 Objeto

Trata-se do conteúdo material do ato administrativo, aliado ao efeito/fim imediato dele. Para ser considerado um objeto válido, esse ato deve ser lícito, possível e determinável, além de atender aos preceitos do princípio constitucional da moralidade, insculpido no artigo 37, caput, da Constituição (BRASIL, 1988).

O objeto é transformado de um elemento vinculado para um elemento discricionário, com base nos critérios de conveniência e oportunidade do agente público, quando sua escolha é autorizada pela legislação.

Nesse viés, explica Marinela (2017, p. 346):

> é o agente que elege a situação fática ensejadora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade para definição do motivo do ato, sem se afastar dos princípios administrativos. O autor do ato pode traçar as linhas que limitam o objeto de seu ato, mediante a avaliação do motivo declarado. Por exemplo, na autorização para funcionamento de um circo em praça pública, o agente deverá avaliar a conveniência e oportunidade do interesse público para sua concessão ou não, podendo, inclusive, se for o caso, delimitar o horário de funcionamento.

Desse modo, quando a lei não ilustra a situação fática concreta, de modo a determinar ao agente público o que fazer na hipótese, tem-se a transferência da verificação da ocorrência para o juízo de conveniência e oportunidade, atribuindo-se o efeito discricionário no ato administrativo.

2.1.4 Motivo

O motivo é um pressuposto jurídico de existência do ato administrativo, sendo ele a sua causa de exteriorização. Marinela (2017, p. 339) defende que o motivo *"é a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo"*. Segundo disposição do artigo 50 da Lei nº 9.784/99, *"os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos"*, donde advém o dever de motivação pelos agentes públicos.

Di Pietro (2018, p. 291) entende que

> a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Nesse sentido, o motivo deve ser pautado pelas razões fáticas e jurídicas que fundamentam o ato administrativo, independentemente da vinculação à legislação ou da discricionariedade a critério da conveniência e oportunidade do agente público.

2.1.5 Finalidade

Em sentido geral, todo ato administrativo tem por finalidade a tutela do interesse público primário. Knoplock (2014, p. 313) afirma que a finalidade *"é o resultado que se quer alcançar com a prática daquele ato; em sentido amplo, mediato, a finalidade de todo ato administrativo deve ser sempre atender o interesse público"*. Cada ato administrativo tem uma finalidade específica que é definida previamente em lei, sendo essa decorrente, ainda que de forma implícita, da vontade do legislador.

2.2 Atos vinculados

Em um ato vinculado, a Administração Pública não possui autonomia, pois a lei já decidiu previamente o que deve ser feito pelo administrador, o qual deve apenas cumprir o estabelecido. Ou seja, o agente público apenas executa o ato administrativo. Isto, pois, todos os elementos já estão pré-fixados na legislação.

Bandeira de Mello (2014, p. 382) afirma que os atos vinculados

> são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. Exemplo: aposentadoria, a pedido, de servidor que conte com 60 anos de idade e 35 de contribuição (Constituição, art. 40, § 1º, III, "a").

A exemplo, a própria multa de trânsito pode ser classificada como um ato vinculado porque a lei já estabeleceu o fato e as suas consequências. *In casu*, a Administração Pública é obrigada a aplicar a penalidade, pois todos os elementos já estão na lei, não sendo possível realizar um juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse viés, tendo em vista que a legislação não abre margem para o administrador decidir quando ou o porquê de realizar determinado ato administrativo, observa-se que uma eventual discussão judicial terá controle pleno sobre esse ato, posto que todos os elementos estão vinculados e preestabelecidos na legislação.

2.3 Atos discricionários

Nesta espécie de ato administrativo, a legislação concede ao administrador uma autonomia, eis que nem todos os elementos constitutivos estão pré-fixados na legislação. Assim, o agente público poderá avaliar os motivos e escolher o objeto do ato.

Por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, o administrador irá definir o chamado mérito administrativo que consiste, em síntese, em definir o que fazer (conveniência) e quando fazer (oportunidade). Evidentemente que esse mérito deve ser pautado sob a primazia do interesse público primário, pois a concessão de liberdade na escolha é para ele deferida, e não para o administrador público, que atua apenas como um gestor.

Nas palavras de Marinela (2017, p. 292),

> o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Outrossim, frisa-se que há discricionariedade não apenas quando a lei expõe comandos de cunho facultativo como “poderá”, mas também quando se esbarra em conceitos jurídicos indeterminados. A exemplo, o artigo 5º, inciso XXV, da Carta da Magna de 1988 estabelece que, *“no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular”* (BRASIL, 1988). Nesse caso, o administrador deve fazer um juízo do conceito e definir, no caso concreto, o que é o “iminente perigo público”. Assim, considerando que a legislação abre margem para deliberar quando ou o porquê de se realizar o ato administrativo, uma eventual discussão judicial deverá ser limitada, em tese, ao controle dos elementos vinculados desse ato.

2.4 Atributos do ato administrativo

Tendo em vista a natureza jurídica dos atos administrativos, estes gozam de atributos que os diferem dos atos constituídos no âmbito do direito privado. Di Pietro (2018) classifica a eficácia própria dos atos como: 1) presunção de legitimidade e veracidade; 2) imperatividade; 3) autoexecutoriedade; e 4) tipicidade.

Dentre todos, vale ressaltar a presunção de legitimidade e veracidade. Isto, pois, em razão do princípio da legalidade, estabelecido no artigo 37, caput, da Lei Maior, os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, gozam desse atributo. Ou seja, pressupõe-se que os atos sejam legais e que seus motivos são verdadeiros, estando presentes todos os requisitos exigidos pela legislação. Contudo, não se trata de uma presunção absoluta, sendo viável a apresentação de prova em contrário para anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário quando eivados de excesso de poder ou desvio de finalidade.

Bandeira de Mello (2014, p. 427) afirma que a presunção de legitimidade dos atos administrativos *“milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”*. Assim, tem-se que a ausência de impugnação ao ato administrativo resulta em uma

espécie de concordância tácita e, consequentemente, esse deve ser integralmente cumprido.

3. CONTROLE JUDICIAL DE MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme demonstrado alhures, todos os Poderes da União (incluindo a administração direta e indireta) exteriorizam, constantemente, atos administrativos. Isso ocorre porque pertencem ao Estado e, por consequência, são seguidos pelo regimento do Direito Público.

Entretanto, quando o Poder Judiciário é provocado para imiscuir no mérito de um ato administrativo do Poder Executivo, por exemplo, tem-se a possibilidade de o juiz possuir força de um opressor ao anular atos emanados pelo livre exercício da conveniência e da oportunidade, conforme autorizado pela legislação (MONTESQUIEU, 1985).

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário pautava o controle judicial de mérito dos atos administrativos com maior formalismo, prezando-se pela letra da lei, em uma interpretação literal. Após a vigência da Constituição Cidadã, foram criadas novas teorias no direito, dentre as quais destaca-se o neoconstitucionalismo[3], valorizando a aplicação da lei com ênfase nos princípios (BARROSO, 2018b).

A grande discussão que ocasiona divergências doutrinárias e jurisprudenciais gira sobre o controle dos atos discricionários, haja vista que nos atos vinculados todos os elementos constitutivos já estão pré-fixados na lei. Consequentemente, o Poder Judiciário possui amplo controle. A grande discórdia e o grande tema infindável estão no controle de atos discricionários, eis que existem elementos de cunho facultativo, sendo aplicado de acordo com a conveniência e a oportunidade do administrador.

Atualmente, a jurisprudência majoritária dos tribunais limita-se à autocontenção judicial, eis que o Poder Judiciário só deve avaliar os elementos vinculados do ato. O juízo de conveniência e oportunidade do administrador não é avaliado, haja vista que há interferência no mérito administrativo. Mesmo que o administrador, por vezes, não tenha tomado a melhor decisão e/ou a decisão mais razoável, não compete ao judiciário imiscuir na deliberação, pois do contrário estaria fazendo um juízo político. Em caso de rejeição da opção realizada pelo administrador, há formas constitucionalmente previstas para mudança desse com o processo eleitoral.

Di Pietro (2018, p. 288/299) afirma que

> o juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, p juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes. Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seu devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariedade, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla

3. *"O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica"* (BARROSO, 2018b, p. 162)

> para verificar se realmente se trava de mérito. [...] Não se pode confundir controle de mérito com controle dos limites legais da discricionariedade.

Por sua vez, Barroso (2018b), em uma doutrina moderna, sendo esta majoritariamente pós 1988, traz como marco teórico o neoconstitucionalismo, com uma bandeira versando sobre a principiologia constitucional, posto que princípios são normas e não meramente mandados de utilização. Para Sundfeld (2017, p. 146/147), *"aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus, mas preservar a fé em Nossa Senhora"*. Muito embora de forma minoritária, há jurisprudência nos tribunais onde admite-se o controle judicial do mérito administrativo a partir de princípios constitucionais, em especial os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nas palavras da Ministra Eliana Calmon (2004, p. 5), do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 493.811 / SP,

> as transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna". O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas. Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Notadamente, o Poder Judiciário abre caminho para uma discussão contínua sobre a viabilidade (ou não) do controle de mérito dos atos administrativos discricionários, sendo que a deliberação sem limites e parâmetros mínimos pode comprometer a segurança da democracia. Para tanto, há necessidade de criar alguns critérios como forma de conter o judiciário quando provocados a analisar um ato administrativo discricionário.

Da mesma forma, Barroso (2018, p. 157/159) ensina que

> razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção [...] o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha

Dentre as técnicas de autocontenção, como forma de deferência judiciária, tem-se a doutrina *Chevron*[4], a fim de obter o controle no caso de conceitos jurídicos indeterminados, assim como aquele previsto artigo 5º, inciso XXV, da Carta da República

4. A doutrina *Chevron* é uma técnica de aplicação na análise judicial de conceitos jurídicos indeterminados como forma de autocontenção do Poder Judiciário, que divide-se em dois passos, com origem da Suprema Corte Americana. (MEDEIROS, 2020).

de 1988[5]. Em primeira análise, questiona-se se a legislação possui um conceito jurídico indeterminado. Sendo negativa a resposta, não há discricionariedade e o juízo poderá efetuar o controle plenamente. Entretanto, sendo positiva, questiona-se se o conceito é direcionado ao administrador público. Em caso positivo deste último questionamento, não cabe ao juízo definir ao agente legitimado qual é a interpretação mais razoável, posto que não é possível determinar uma melhor compreensão (MEDEIROS, 2020).

Nesse viés, constata-se a necessidade de o juízo possuir deferência à decisão administrativa, principalmente se esta for baseada, preponderantemente, em natureza técnica ou em órgão com esta natureza jurídica. O Poder Judiciário deve intervir apenas nos casos de ilegalidade flagrante, ou seja, quando há uma zona de certeza que a decisão administrativa se desviou de sua finalidade jurídica. Logo, considerando o caráter vinculado dos motivos determinantes[6], o juízo possui controle pleno em anular os atos com vícios insanáveis.

Por sua vez, Barroso (2018a, p. 24) defende que

> o Judiciário deve ser autocontido quando estejam em discussão temas referentes à economia, à Administração Pública e a escolhas políticas em geral. Regulação econômica, regime jurídico dos servidores, escolha de Ministros ou demarcação de terras indígenas são bons exemplos de situações em que o Judiciário deve se ater a verificar se houve devido processo legal, evitando interferir no mérito das decisões.

À vista disso, diante da necessidade de definir os limites da competência do Poder Judiciário e os parâmetros para analisar os elementos do ato, os tribunais reiteradamente divergem os seus entendimentos quanto ao ponto. Conforme dito alhures, com o passar dos anos e com a atualização do entendimento jurisprudencial que se deu através da Carta Magna de 1988, tornou-se mais frequente a intervenção no controle de mérito de atos discricionários, prezando pela aplicação dos princípios basilares da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse seguimento, conforme Di Pietro (2018, p. 297):

> mais recentemente, após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. E, na realidade, houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre o exame do chamado mérito. O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito. Com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada

5. *"no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;"*. (BRASIL, 1988).
6. Para Di Pietro (2018, p. 332), na teoria dos motivos determinantes, *"a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento"*.

> constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

Por seu turno, Binenbojm (2014) afirma que o controle realizado pelo Poder Judiciário nos atos administrativos vinculados pode ser alcançado com maior ênfase. Isso tendo em vista que todos os elementos para essa prática estão expressamente previstos na legislação, devendo ser efetivado apenas o controle de legalidade. Contudo, quanto aos atos discricionários, o Poder Judiciário necessita tomar a devida cautela para o controle dos motivos e do objeto do ato. Não cabe, pois, ao Poder Judiciário, imiscuir no mérito administrativo, que compete ao agente público legitimado para tal. A interferência nos motivos e/ou nos objetos escolhidos, desde que dentro dos ditames legais, seria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Vale dizer, ainda, que a Administração Pública está diretamente ligada ao princípio da juridicidade. Isto é, o agente público, ao exteriorizar determinado ato administrativo, deve atentar-se não apenas às leis formais, produzidas pelo Poder Legislativo, mas também às leis materiais, as quais incluem Decretos, Resoluções, Instruções Normativas, Portarias, dente outras.

Nesse viés, verifica-se que os atos administrativos discricionários com desvio de sua finalidade, ou seja, o ato não executado para o interesse público, são passíveis de controle judicial de mérito porque fogem à regra da legalidade. De igual forma, os conceitos jurídicos indeterminados também merecem respaldo do Poder Judiciário, cabendo controle nas zonas negativas de certeza, ou seja, quando há flagrante equívoco na sua interpretação.

Por este ângulo, para melhor exemplificar, Binenbojm (2014, p. 276/277) dispõe sobre os parâmetros a serem observados no caso em concreto de acordo com a natureza jurídica de cada ato administrativo:

> I) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. [...] II) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...] III) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...] IV) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...] V) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial.

Observa-se que, na primeira hipótese, cabe uma análise dos relatos incidentes e/ou documentados para controle judicial de mérito. Nesta situação em especial, vale observar a exposição de fatores que os levaram à decisão administrativa, cabendo ao Poder Judiciário, por força da teoria dos motivos determinantes, realizar maior controle nos casos de incompatibilidade do ato com os incidentes que o constituíram.

Para o controle judicial dos atos administrativos discricionários, que são objetos de órgãos específicos sobre a matéria, menor deve ser o controle judicial de mérito. Isto, pois, nesses casos específicos, o agente público possui uma vinculação ao órgão especializado sobre determinado assunto, não cabendo a ele a rediscussão da matéria.

Cabe ainda, nesse caso, ressaltar a competência do Tribunal de Contas para julgamento do orçamento anual dos agentes públicos (diretores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, dentre outras), o qual possui capacidade de decisão em órgão colegiado. Os atos administrativos decorrentes destes julgamentos terão menor interferência quanto ao controle judicial de mérito, eis que constituídos por determinado órgão com expertise e experiência sobre o tema.

Quanto aos atos administrativos emanados por agente político democraticamente constituído, com matéria que enseje politicidade, menor deve ser o controle judicial. Isso porque, no caso concreto, o agente político está administrando conforme suas prerrogativas, ideais e interesses. Nesse caso, o Poder Judiciário não deve interferir, ao menos *a priori*, nestes atos administrativos, eis que a separação dos poderes deve prevalecer sobre os ideais políticos de determinado agente, desde que encontre proteção nos limites estabelecidos na Constituição da República de 1988.

Ainda, quanto à quarta hipótese suscitada por Binenbojm (2014), relativa aos atos administrativos que tenham maior participação social, devem possuir, evidentemente, menor controle judicial de mérito. Em situações como esta, é cristalino que o interesse público atua de forma mais consistente na edição do ato administrativo. Logo, nessa seara, não é factível que o Poder Judiciário venha imiscuir nos atos em que a participação social teve efetiva deliberação na sua constituição.

Por fim, observa-se que, na última hipótese, a proteção aos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna de 1988 prevalece em relação as restrições impostas pelos agentes públicos. Isso porque, vale dizer, nesses casos os agentes públicos devem observar, primeiramente, aos ditames expressos na Constituição Cidadã, onde é garantida a preservação dos direitos fundamentais.

Evidente que os eventos exemplificados alhures são meramente hipotéticos e devem ser analisados no caso concreto, visto que todos eles possuem elementos vinculados, sendo que estes, por sua vez, possuem controle judicial mais intenso/eficaz em razão do controle de legalidade.

Esse mesmo sentido aplica-se aos atos administrativos que, *a priori*, são legalmente constituídos, porém emanados com abuso de poder e/ou desvio de finalidade. Assim, o controle judicial de mérito deve ser realizado com base especial no caso concreto, assegurando-se da sua natureza jurídica, sendo de competência do magistrado analisar os eventuais vícios presentes que possam levar ao seu controle judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se de todo o exposto que o controle judicial de mérito dos atos administrativos discricionários limita-se a uma análise legalista, examinando os elementos de competência, forma e finalidade. A modificação dos elementos de motivo e objetivo pela simples escolha “menos adequada” pelo agente público não confere ao Poder Judiciário competência para imiscuir na decisão, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes constituídos.

Contudo, com enfoque nos entendimentos jurisprudenciais e na doutrina moderna, o Poder Judiciário, quando intervém no chamado mérito administrativo, justifica sua atuação com base na aplicação de princípios constitucionais, derruindo as eventuais alegações suscitadas de violação ao princípio da separação dos poderes.

Ocorre que a aplicação desses princípios constitucionais é pautada com ênfase na teoria neoconstitucionalista, a qual afirma que eles não são apenas mandados de

utilização, mas sim normas que têm força jurídica. Nesse sentido, se uma decisão judicial imiscui no mérito administrativo justificando sua atuação com base nos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, em verdade, estaria realizando um controle legalista do ato, o que seria plenamente aceitável pelo ordenamento jurídico, posto que haveria um vício de legalidade. Assim, seria passível a intervenção por expressa violação ao artigo 37, caput, da Carta Magna de 1988.

Nesse sentido, evidencia-se que se análise de mérito dos atos administrativos discricionários for fundamentada pela aplicação de princípios constitucionais, ainda que sobreposta pela teoria neoconstitucionalista, é de se dizer que o Poder Judiciário possui autorização constitucional para tal interferência. Por outro lado, se o controle do mérito administrativo for pautado com base no livre convencimento do julgador, estaria o Poder Judiciário ferindo a Carta de República de 1988, pois não é de sua competência definir quando é conveniente e/ou oportuno a prática de determinado ato.

Em linhas gerais, sabe-se que quando o Poder Judiciário é provocado para manifestar-se sobre a análise de mérito de atos administrativos discricionários, fica a critério do julgador os fatores para fundamentação da decisão. Nesse viés, a fim de impedir que todos os atos discricionários tenham controle judicial, ainda que pautados pela violação de princípios constitucionais, há de se observar parâmetros para serem adotados com base na natureza jurídica de cada ato administrativo. Evita-se, assim, que o ativismo judicial seja realizado em casos com participação social, matérias que envolvam politicidade, ou ainda decisões de órgãos com expertise técnica sobre a matéria.

Portanto, é inequívoco que cada ato administrativo discricionário levado à discussão judicial deve ser analisado com base nas provas e alegações apresentadas pelas partes no caso concreto, sendo viável - e recomendável - realizar uma análise específica para cada comando expedido pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ: Seção 1, 05 jun. 1916.

BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, Seção 1: 05 jul. 1965.

BRASIL. Lei 9.787, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Seção 1: 01 fev. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 493.811/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília; 15 mar. 2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 1989. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Melheiros, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 3ª ed. Trad. Brasileira de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1985.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PELISSER, Fernanda Caroline. **O controle judicial da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito**. Brasília: Revista CEJ, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Eliete Elias Angioletti[1]
Anna Lethicia dos Santos[2]

Resumo: O presente estudo trata da filiação multiparental e seus efeitos no Direito Sucessório a partir da tese da Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal. O tema é importante em razão da análise do reconhecimento da concomitância do vínculo biológico e afetivo, e o estudo das consequências jurídicas diante da ausência da norma infraconstitucional. O objetivo geral é a analisar o instituto da filiação multiparental como um novo arranjo familiar em famílias reconstituídas e os decorrentes reflexos após reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal, assim como seus efeitos no âmbito do Direito Sucessório. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A pesquisa revelou que o direito de suceder é garantido a todos os envolvidos, ou seja, entre filho em relação aos pais, assim como aos pais afetivos e biológicos em face do filho. No entanto, o que ainda se discute para casos futuros é a forma de distribuição do quinhão hereditário ao ascendente quando o descendente não deixar prole.

Palavras-chave: Multiparentalidade, Direito Sucessório, Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Com a evolução do Direito de Família, é plenamente visível as transformações sociais que refletem intrinsecamente nos convívios familiares. Diante destas transições ao longo dos anos, emergem novos conceitos com relação ao parentesco como a multiparentalidade ou pluriparentalidade, instituto este que visa o princípio do afeto como fator importante nas decisões judiciais. Conforme aduz Póvoas (2017) o afeto hoje ganhou posição de destaque nas relações de direito de família em casos que se investiga ou nega parentalidade, sendo possível a coexistência de mais de um vínculo paterno ou materno para o mesmo indivíduo. Ou seja, o reconhecimento jurídico permite de forma concomitante a criança possuir em seu registro civil “dois pais” e “duas mães”, baseado nas relações de afeto.

Importante salientar que com o avanço social, é notório uma amplitude no conceito e na composição dos diferentes núcleos familiares, dando ensejo a formação de diversos arranjos constituídos pela parentalidade socioafetiva. Entre eles está a multiparentalidade, que de acordo com Camacho, (2020) é um fenômeno que ganha força com a reorganização dos núcleos familiares nos quais os pais reconstituem suas vidas amorosas, por vezes trazendo filhos de outros relacionamentos e gerando vínculo afetivo entre todos os componentes daquela família, as chamadas famílias reconstituídas.

Nessa perspectiva, o instituto tem ganhado papel de destaque nos estudos científicos e na jurisprudência. O Supremo tribunal Federal vem reconhecendo em suas decisões as relações derivadas da multiparentalidade estendendo assim, todos os efeitos cabíveis à sua aplicação, visando preservar o melhor interesse da criança e do adolescente. É o caso da Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal, em que

1. Graduanda do 10º semestre do curso de graduação em Ciências Jurídicas da Universidade da Região de Joinville - SC (UNIVILLE).
2. Mestranda em Patrimônio Cultural e Sociedade pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná - FESP/PR. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná- PUC/PR. Professora do Curso de Direito da UNIVILLE. Analista Previdenciária do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

decisão inédita, atendeu-se aos reclames sociais fixando assim, tese para casos semelhantes. De acordo com Camacho (2020, p. 152) “essa tese é uma vitória para a sociedade brasileira, sendo que representa a sedimentação de inúmeros conceitos já trazidos pela doutrina, mas que ainda encontravam divergências nos tribunais que, por vezes, contavam com provimentos próprios, gerando grande insegurança jurídica”.

O presente estudo possui a finalidade de contribuir para a compreensão do instituto da multiparentalidade, ante os vínculos afetivo, civil e biológico, visando garantir a preservação da dignidade da pessoa humana daquele que almeja o devido reconhecimento de uma situação de afeto por vez consolidada.

Ao adentrar na seara da multiparentalidade, cabe destacar que esta decorre da socioafetividade, instituto que permitiu o reconhecimento no campo jurídico da coexistência da filiação biológica e a socioafetiva. Assim se de um lado prevalece a verdade biológica, de outro surge uma verdade a qual não pode ser desprezada: a filiação socioafetiva que decorre dos novos arranjos familiares, por conseguinte necessitando de reconhecimento jurídico. E em virtude desses novos modelos de filiação surgem efeitos jurídicos concernente ao seu reconhecimento, dentre eles se faz presente o Direito Sucessório

Em sede de Recurso Extraordinário 898.060, o Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 22 de setembro de 2016 por maioria de votos aprovou a tese de Repercussão Geral 622, a qual alude que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios”. Ratificando ainda que mesmo inexistindo o registro civil da paternidade/maternidade socioafetiva, esta ainda será reconhecida, deste modo gerando mudanças significativas na configuração das famílias no ordenamento jurídico brasileiro.

Insta ressaltar que o entendimento da Suprema Corte recai no sentido de que multiparentalidade ou pluriparentalidade acarreta efeitos, dentre eles a possibilidade de a criança possuir mais de uma mãe ou pai biológico conjuntamente com o socioafetivo, e com o posterior direito à sucessão, pois aclara implicitamente em seu texto, que a filiação socioafetiva simultaneamente à filiação biológica produz efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais. Conforme lecionam Farias e Rosenvald (2013, p. 699) admitida a pluriparentalidade, estar-se-á tolerando, por igual, a plurihereditariedade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais.

Não obstante, a base legal do Código Civil de 2002, quando previu como se daria a sucessão entre os herdeiros necessários, não presumiu a possibilidade de multiparentalidade, assim sendo não preconizou como seria partilha de bens patrimoniais perante esta situação.

Diante do exposto, o presente artigo está estruturado da seguinte maneira: inicialmente será abordado os aspectos gerais relativos à filiação parental e a posse de estado de filho, versando posteriormente sobre a filiação multiparental norteada pelo princípio da afetividade Ao final a abordagem se dará no que tange os reflexos da multiparentalidade no Direito Sucessório.

1. FILIAÇÃO PARENTAL E A POSSE DE ESTADO DE FILHO

Desde os primórdios, a relação que decorre da filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação do ser humano. Resultando assim, um liame natural, emanado

da própria natureza, que nasce naturalmente e se estende ao longo da vida das pessoas. Assim, mesmo que desapareça ou falte a união entre os genitores, os laços de parentesco jamais desaparecerão, RIZZARDO (2019). Em uma perspectiva mais ampla de acordo com Venosa (2021, p. 224) “a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos”.

1.1 Conceito de filiação

Entende-se por filiação as relações de parentesco, nas quais, de fato há vínculo entre os indivíduos, sendo esta a principal relação existente entre pais e filhos. E por conseguinte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito romano. Consequentemente as ações que visam o seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado VENOSA (2021).

Ademais filiação propriamente dita refere-se diretamente aos filhos, e nessa esteira vislumbra Gonçalves (2018, p. 315):

> [...]filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade [...].

O termo filiação aduz Fujita (2007, *apud* MADALENO, 2011, p. 11), “tem sua origem etimológica no vocábulo latino *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais a filhos”, que de acordo com Carvalho (2019) hodiernamente, é o elo existente na relação entre os genitores e filhos. Trata-se de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que deram origem à sua vida, ou acolheram como se filho fosse. Sob o ponto de vista brasileiro de acordo com Lôbo (2008, p. 216) “a filiação não é haurida da natureza. Por ser uma concepção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno abrangente da origem biológica, que antes detinha a exclusividade, e de outras origens não biológicas”.

A Carta Magna de 1988, apesar de não haver expressa previsão legal trouxe ao campo jurídico brasileiro a possibilidade de desenvolvimento de filiações nas quais não é essencial a existência de laços consanguíneos entre os genitores e seus respectivos filhos é o que preconiza o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, ao amparar efetivamente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais individuais, extinguindo a desigualdade filial, e por conseguinte dando igualdade ao tratamento, qualificações e direitos, para os filhos oriundos ou não do casamento, ou por adoção. Proíbe assim qualquer designação discriminatória, em relação a filiação.

1.2 Filiação jurídica, biológica e socioafetiva

A filiação jurídica ou legal, tem seu reconhecimento pela lei em virtude do vínculo paternal, caracterizada pelo registro de nascimento de forma voluntária, conforme aduz expressamente o Código Civil em seu artigo 1.593, ao dispor que parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Dessa forma, Carvalho (2007, *apud* DINIZ, 2020, p. 583) em relação ao vínculo de parentesco diz que:

> [...] é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge e os parentes do outro, entre o adotante e o adotado, e entre o pai institucional e o filho

> socioafetivo, estendendo-se aos demais parentes. O conceito inclui o parentesco por afinidade, que abrange não apenas os parentes do cônjuge, mas também do companheiro, bem como o parentesco socioafetivo.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 338 reconhecia a filiação jurídica tendo como elemento fático o casamento. Aduz Fujita (2011, *apud* GAMA, 2003) que independentemente do fator biológico era presumivelmente impossível que o filho de uma mulher casada tivesse outro pai que não o marido. Estabelecia ainda, uma distinção entre filhos legítimos, ou seja, aqueles nascidos na constância do casamento, os legitimados, advindos do casamento dos pais após seu nascimento ou concepção, os ilegítimos sendo aqueles nascidos fora do casamento e os adotivos.

A respeito do filho nascido na constância do casamento, elucida Gonçalves (2018, p.317):

> [...] o filho é concebido na constância do casamento, é conhecido, como já dito, pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: presunção *pater is est*.

Já o Código Civil vigente, embora mantendo a presunção do filho concebido na constância do casamento prevista no artigo 1597 Código Civil, acresceu em seu texto legal três novos incisos estes trazendo à baila inovações no tocante as técnicas de reprodução assistida, alterando também o dispositivo legal "[...] referente ao direito do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, tornando-o imprescritível, dando lhe também a oportunidade de requerer, desde que de boa-fé, o exame de DNA [...]" (FUJITA. 2011, p. 64).

No que tange à filiação biológica ou natura**l,** esta decorre de uma relação que se estabelece entre uma pessoa e seu descendente em linha reta de primeiro grau, e acontece em virtude de um laço sanguíneo. De acordo com Fujita (2006, *apud* PEREIRA, 2011, p. 64) sobre o referido tema aduz que:

> [...] é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo biológico é examinado pelos cientistas como uma forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas é históricas, um capítulo da Higiene e da Eugenia. Pertence ao mundo físico e ao mundo moral *(Dusi)* exprime simplesmente o fato do nascimento e a situação de ser filho, e não, desenvolvimento semântico dentro da ética, traduz um vínculo jurídico.

Dentre as formas de filiação biológica ou natural estão presentes a reprodução natural sendo, de acordo com Fujita (2011. p. 65), "[...] aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a consequente concepção, pouco importando sua origem: se ocorreu dentro ou fora do matrimonio, ou se entre noivos ou namorados". Ainda de acordo com o autor a filiação poderá ser decorrente de reprodução assistida, quando esta, "[...] não tem como base a cópula carnal, mas sim, um conjunto de técnica que tem como fim provocar a gestação mediante a substituição ou facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo".

Concernente à filiação socioafetiva, esta advém de uma forma de parentalidade, baseada nos laços construídos pelo afeto, convivência, apoio emocional e psicológico entre pais e filhos que não têm nenhuma relação consanguínea, sendo justificada pelo sentimento de afeto mútuo entre pais e filhos socioafetivos. É a exteriorização de uma realidade fática. Outrossim, de acordo com Cassettari (2017. p. 15) "[...] a parentalidade

socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil que pessoas que não tem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas".

Em relação a paternidade socioafetiva, este instituto é estabelecido com base no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, sendo este princípio previsto no Estatuto da Criança e do adolescente em seus artigos 1º e 3º, bem como na Constituição Federal de 1988, artigo 227, assim dispondo respectivamente:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse certame esclarece Póvoas (2002 *apud* CURY, GARRIDO DE PAULA E MARÇURA, 2017, p. 83) que "a proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente a família a sociedade e ao Estado", assim sendo possível compreender que a paternidade socioafetiva é uma relação de posse do pai sobre o filho, passando este a assumir o papel de pai ou mãe e a criança e/ou adolescente passa a assumir o papel de filho, assim mesmo estes não sendo propriamente os genitores, assumem responsabilidades tanto no âmbito afetivo quanto no educacional

Concernente ao reconhecimento da filiação socioafetiva, de acordo Lôbo (2018, p. 229) é necessário a presença de alguns requisitos, sendo estes:

> a) Comportamento social típico de pais e filhos. O comportamento que se tem entre pais e filhos deve ser aferível socialmente. É típico porque se repete de modo subjetivo e objetivo em todos os relacionamentos equivalentes, de modo que qualquer pessoa possa identificá-los como os que ocorrem regularmente entre pais e filhos. Porém, esses requisitos não são somativos e basta um deles ou outras circunstâncias distintas para gerar o convencimento judicial da existência de comportamento social típico entre pais e filhos. b) Convivência familiar duradoura. O comportamento social típico de pais e filhos apenas se consolida quando ocorre convivência familiar, ou seja, quando essas pessoas integrem uma entidade familiar juridicamente reconhecida e convivam assim. Essa convivência há de ser duradoura e não episódica. c) Relação de afetividade familiar. As relações entre as pessoas devem ser de natureza afetiva e com escopo de constituição de família, para que se constitua estado de parentalidade e de filiação.

A filiação socioafetiva configura-se de acordo com Tepedino (2021) em um novo modelo de parentesco, sendo este fundado no exercício fático da autoridade parental. Outrossim, é com o início do exercício da maternidade ou da paternidade que os indivíduos que não têm conexão consanguínea passam a exercer funções umas na vida das outras. Contudo sua criação é doutrinária e jurisprudencial por não haver previsão específica desse tipo de parentesco.

Em sua constituição a filiação socioafetiva conforme aduz Tepedino (2021), não está calcada meramente na expressão de sentimento de afeto. Mais do que isso, é o constante exercício da autoridade parental que de fato cria o liame civil entre pais e filhos, com efetiva prática de condutas necessárias para criar, sustentar e educar os filhos menores com o desígnio de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geraram essa obrigação. Por sua vez, vínculo de filiação socioafetiva surge de acordo com Carvalho (2020, p. 74) em razão da "[...]convivência familiar, na afeição demonstrada, nos cuidados paterno/filial, no comportamento nas relações familiares estáveis, condutas que se exteriorizam no exercício do poder parental de uma pessoa para com a outra que não é seu filho biológico".

1.3 Posse de Estado de Filho

A posse de estado do filho vincula-se na descaracterização do vínculo biológico entre pai e filho, como centro da relação de filiação, emergindo então o vínculo afetivo que os une. De acordo com Lôbo (2018, p. 237) "a posse de estado de filho refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação à outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal". O código civil de 2002, não traz expressamente em seus artigos, a posse de estado de filho como prova de filiação. No entanto o artigo 1605, II do código civil vigente, afirma que "[...] poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos".

Acerca do tema, Nogueira (2001, p. 113-114) aponta que:

> [...] posse de estado de filho constitui a base sociológica da filiação, é esta noção fundada nos laços de afeto, o sentido verdadeiro de paternidade. Portanto é essa noção que deve prevalecer em casos de conflitos de paternidade, quando as presunções jurídicas já não bastam e não convencem, ou quando os simples laços biológicos não são suficientes para demonstrar a verdadeira relação entre pais e filhos. Não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias.

Para caracterização da posse de estado de filho de acordo com Lôbo (2018), são necessários alguns requisitos, tais como: a atribuição de nome (*nominativo)*, ou seja, utilização do nome de família pelo individuo, de forma a traduzir sua identidade familiar, o tratamento (*tractatus)*, neste a pessoa é tratada como se filho fosse e a fama (*reputatio)* sendo esta o reconhecimento no meio social dessa relação paterno/materno filial de forma pública, notória, estável e inequívoca.

No entanto essas três características de acordo Lôbo (2018, p. 238) "não necessitam estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida". Corroborando com esse entendimento traz à baila Gomes (1994, p. 311):

> O fato de o filho nunca ter usado o nome do pai não descaracteriza a posse de estado, se concorrerem os demais elementos citados. Cabe esclarecer que não há hierarquia entre eles, pois ainda se consideram outras qualidades que devem revestir a aparência de filho. Busca-se a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco na relação entre pai e filho. Ainda que não seja imprescindível o fator nome, posto que outros elementos também revelam a base da paternidade, o

> chamamento sim, pois dificilmente se encontrará expressão mais eloquente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

A posse de estado de filho esclarece Farias e Rosenvald (2013, p. 566) que esta, atua como “mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses previstas em lei de estabelecimento do estado de filho. Ademais, posse de estado de filho de acordo com Lôbo (2018, p. 239) se “[...] consolidada no tempo, não pode ser contraditada por investigação da paternidade fundada em prova genética”. Em outras palavras, a posse de estado de filho restará consolidada com o transcurso temporal, porque estabelece vínculos que transpõem a realidade meramente biológica.

2. A FILIAÇÃO MULTIPARENTAL NORTEADA PELO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade é um dos princípios do direito de família e está baseado na relação de afeto, quando de fato, não há preponderância do vínculo biológico. Discorre Calderón (2017, p. 29) que a “afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, pois mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício efetivo”. Assim, este princípio, como preconiza Lôbo (2018, p. 71), “[...] entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família”.

2.1 A afetividade como garantia jurídica

Ao longo da história, a família, aduz Carvalho (2020, p. 103) “sempre exerceu funções de instituição econômica, religiosa, política e de procriação. Os casamentos eram selados com objetivos econômicos e políticos, desconsiderando o afeto”. No Brasil, discorre Calderón (2017) que com a inserção da codificação adotada de 1916, seguia-se um modelo da “grande-família”, adotando assim um modelo patriarcal, com a prevalência quase absoluta do homem restando para a mulher a administração do lar e dependendo economicamente do marido. Os filhos advindos dessas famílias eram baseados na paternidade presumida, sendo vedado a paternidade extramatrimonial, inexistindo assim a possibilidade para o reconhecimento de vínculos afetivos parentais.

Ao final da segunda guerra mundial, foi perceptível uma alteração na família brasileira, ocorrendo uma maior aproximação entre seus integrantes, que de acordo com Calderón (2017, p. 43) “[...]passou a abrir espaço para o aumento do aspecto subjetivo destas relações. Em um processo contínuo, houve crescimento da valoração afetiva nos relacionamentos, tanto entre os cônjuges como entre pais e filhos”. Ressalte-se ainda de acordo com Carvalho (2020, *apud* GOMES, 2020, p.104) “[...] que a ideia de família estática, matrimonial e hierarquizada, de cunho patrimonialista, foi superada em razão do princípio da afetividade por entidades familiares múltiplas, dinâmicas e igualitárias, que se formam essencialmente nas relações de afeto”.

A Constituição Federal de 1988, em suas extensas alterações, aditou o princípio da afetividade implicitamente em seu texto constitucional, conforme Calderón (2017, p. 52) “[...] muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção”. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no texto constitucional brasileiro.

Corroborando com a análise supra ao fundamento jurídico constitucional ao abarcar o princípio da afetividade discorre Lôbo (2018, p. 72):

> Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente: “a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

E nesse viés, alude Calderón (2017, p. 54) “é possível sustentar, portanto, que a Constituição Federal reconhece o papel conferido à afetividade no trato das relações familiares, dando-lhe, assim, guarida constitucional.”. Angariando assim, sustento no ordenamento jurídico brasileiro quando conforme Pereira (2021, p. 96) “as pessoas começaram a se casar por amor e a família passou a ser o *locus* do amor e da formação e estruturação do sujeito, do companheirismo e da solidariedade. E, assim, a família perdeu sua função precípua como instituição”.

No entanto, a afetividade, como princípio jurídico discorre Lôbo (2018, p. 72) “não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

Nesse sentido, o sentimento de afeto de acordo com Tartuce (2020, p. 27) “talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares”. Já o princípio da afetividade, é aquele conforme aduz Carvalho (2020, p. 109) “resulta da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas demonstrando o afeto familiar de seus membros na constituição e manutenção das famílias, capaz de gerar vínculos jurídicos como a paternidade socioafetiva”. Assim a família contemporânea brasileira passa a ter como fundamento o princípio da afetividade, sendo este a base para o reconhecimento da multiparentalidade, conforme será abordado do subitem a seguir.

2.2 A multiparentalidade nas famílias reconstituídas e seu reconhecimento decorrente da Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal

Com o surgimento de novas formas e modelos familiares surge então família reconstituída que segundo Pereira (2021, p. 32) é aquela “se constitui de pessoas que dissolveram o vínculo conjugal pretérito e constituíram uma nova entidade familiar”. Originando assim novas ramificações familiares que alguns autores tratam como famílias reconstituídas e outros como famílias recompostas, LOBO (2018).

A luz desse entendimento aduz Carvalho (2020, p. 69) que essas ramificações familiares dar-se-á quando “[...] um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando pluralidade das relações parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência.”. Nesse sentido, as famílias reconstituídas são precursoras dessa nova realidade, pois vivenciam o compartilhamento das funções parentais do novo companheiro da mãe com o pai biológico, e vice-versa, gerando vínculos de afeto e responsabilidades parentais entre os mesmos

Segundo dados do IBGE (Instituto brasileiro de Geografia Estatística), com a realização do censo 2010 estimou-se que o índice de famílias formada por casais que já possuíam filhos advindos de outros relacionamentos representavam 16,3% das famílias brasileiras, que de acordo com Lôbo (2018) essas unidades familiares apontaram para a

existência de 4,5 milhões de famílias reconstituídas, sendo que metade integrada por filhos comuns e filhos remanescentes de cada pai. Surge então o instituto da multiparentalidade.

A multiparentalidade ou pluriparentalidade sustenta Shikicima (2014) que reside no fato do indivíduo poder possuir mais de um vínculo paterno/materno concomitante a filiação registral biológica. É uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos. Essa nova constituição familiar, de acordo com Tepedino e Teixeira (2021, p. 242), é "a geração dos efeitos da socioafetividade, aliada às mudanças ocorridas no interior das famílias principalmente com o advento das famílias reconstituídas [...]". A manifestação da afetividade é imprescindível nessas relações e conforme Calderón (2003, *apud* FACHIN, 2017, p. 40) "é adotada como relevante liame familiar na atualidade, seja em concomitância com outro elo biológico ou registral, seja isoladamente".

Corroborando com o aludido tema, discorre Tepedino e Teixeira (2021, p. 246):

> A multiparentalidade implica a vinculação jurídica de um indivíduo com mais de um pai ou com mais de uma mãe ao mesmo tempo. Trata-se, portanto, da possibilidade que a pessoa tem de estabelecer mais de duas relações jurídicas parentais – simultâneas ou não, mas vivenciadas por ela no decorrer da vida – no paradigma no qual vivemos, titularizando todos os direitos e deveres que normalmente decorrem do estado de filiação.

A mercê desse novo cenário de modalidades de vínculos parentais, o Supremo Tribunal Federal inovou ao decidir a questão da multiparentalidade, em 22 de setembro de 2016, no ato em que julgou a Repercussão Geral 622, preconizando em caráter revolucionário no âmbito do Direito de Família, a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitante com a paternidade biológica, decorrente esta, da socioafetividade. Trouxe à baila a pluralidade de vínculos parentais, conforme se extrai do referido julgado *in verbis* "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais", reconhecendo assim a existência dos múltiplos vínculos de filiação, garantindo ainda o direito a ancestralidade.

Destarte, em seu voto, o relator Ministro Luiz Fux asseverou a importância de não se reduzir o conceito de família a modelos já convencionados, destacando ainda a paternidade responsável que de acordo com Carvalho (2020, p. 685) é o "fundamento para reconhecer a dupla parentalidade", princípio este, elemento regulador na tomada de decisões envolvendo relações familiares. O tema está pautado, conforme ementa do julgado infra:

> Ementa: recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito civil e constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela constituição de 1988. Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídicopolítico. **Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares.** União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela

> jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. **Princípio da paternidade responsável** (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. **(grifo)**

De modo prático, a multiparentalidade tornou-se uma realidade jurídica, em que consiste nas palavras de Madaleno (2020, p. 528) “no fato de o filho possuir dois pais ou mães, reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva”. As situações mais comuns de vínculos multiparentais ocorrem quando a criança possui madrasta/padrasto e este (es) conforme aduz Carvalho (2020, p. 72) “passa exercer as funções de pai/mãe, fazendo surgir uma paternidade/maternidade socioafetiva, uma paternidade cultural que se solidifica na convivência familiar, sem que o filho afetivo perca os vínculos com os pais biológicos, possuindo mais de um pai ou mais de uma mãe”

Ademais, é cabível dizer ainda de acordo com Dias e Oppermann (2015) que as famílias multiparentais sempre existiram e de fato continuarão a existir, o que diverge é o fato de que até recentemente eram condenadas à invisibilidade, o que resultava na exclusão de direitos. Mas que com a incidência fatídica de uma nova realidade nas famílias contemporâneas, abriu-se caminho para que essas famílias reconstituídas tenham legitimidade, garantindo assim a detenção de direitos e deveres, tonando assim, uma sociedade igualitária.

3. OS REFLEXOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO

No universo nada é eterno, duradouro ou definitivo. A luz desse entendimento aduz Rizzardo (2019) que com a morte ocorre uma ruptura no domínio dos bens. Cessa a vida corporal, mas subsiste a da alma, sendo esta imortal. Outrossim, aclara Rizzardo (1915, *apud* ALMEIDA, 2019, p.1) que “a ideia de sucessão implica a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito”. E nesse sentido, como os bens materiais estão ligados à vida corporal, é necessário que outras pessoas assumam a titularidade, de modo a se recompor a ordem ou a estabilidade no patrimônio.

3.1 O Direito Sucessório e seus desdobramentos

Nessa perspectiva, ocorrendo o advento da morte aduz Rizzardo (2019) que extingue-se também a personalidade da pessoa, a quem, a partir daí, não mais se lhe atribuem direitos e obrigações, desaparecendo, então as prerrogativas, dentre as quais a titularidade dos bens. Nesse ínterim, a sucessão em sentido restrito como uma condição que decorre com a morte, acontece de um modo especial em que a aquisição, consiste na transmissão dos bens patrimoniais de uma pessoa já falecida a uma ou mais pessoas vivas, sendo esta um sinônimo de herança.

A sucessão poderá ser testamentária ou legitima, é o que alude o artigo 1786 do Código de Processo Civil ao dispor que a sucessão poderá decorrer respectivamente da lei ou pela manifestação do autor da herança. A sucessão testamentária segundo Diniz (2015) tem sua origem mediante testamento válido ou disposição de última vontade. Contudo, ante o sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários ou seja cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes, inteligência do artigo 1.845 do Código de Processo Civil, só poderá dispor de metade de seus bens, uma vez que nos termos do artigo 1789 a outra metade constitui a legitima daqueles herdeiros.

Na sucessão testamentária, agasalhando a visão doutrinária que a conceitua, segundo Carvalho (2019, p. 144), como “[...]negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou faz determinações não patrimoniais, para depois da sua morte. Os efeitos obrigacionais e reais das disposições testamentárias não se produzem antes do falecimento de seu autor”. Todavia ausente a disposição testamentária, alude Tartuce (2021, p. 24) “[...] vige a ordem de sucessão legítima estabelecida em lei, que presume a vontade do morto”.

Já a sucessão legitima ou *ab intestato*, em que este último significa sem testamento, *de* acordo com Rizzardo (2019, p. 05) “é aquela decorrente da lei, regulada pelo Código Civil, e em que não há testamento”. Na hipótese de o falecido não fazer testamento alude Diniz (2015) que a sucessão será legítima passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo a ordem de vocação hereditária.

A sucessão de acordo com Carvalho (2019) poderá ser mista, quando esta for testamentaria e não abranger todos os bens, coexistindo assim duas formas de sucessão, a sucessão testamentária e a legítima. Dessa forma, cumprindo o testamento, os bens indicados pelo testador caberão aos herdeiros testamentários ou legatários. Destarte, os bens omissos ou excluídos no testamento pertencerão aos herdeiros legítimos, obedecendo, no entanto, a ordem de vocação hereditária prevista em lei.

Ressalte-se ainda, que o direito das sucessões decorre da ideia de propriedade. Corroborando com esse entendimento, discorre Venosa (2017, p. 469):

> Só se transferem bens e direitos pertencentes a alguém. A ideia central da sucessão deriva, portanto, da conceituação da propriedade e, como tal, sendo dela um reflexo, depende do tratamento legislativo da propriedade. Assim, tanto mais amplo será o Direito Sucessório quanto maior for o âmbito da propriedade privada no sistema legislativo. E vice-versa, tanto mais restrita será a transmissão sucessória quanto mais restrito for o tratamento da propriedade privada na lei.

O direito das sucessões portanto disciplina, como aduz Venosa (2017, p. 469), “a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparição física da pessoa, à seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) se transfere dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima’’.

Assim, nas palavras de Venosa (2021, p. 568) “falecendo a pessoa sem testamento, a lei determinara a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária”. Tal ordem, prevista no Código Civil de 2002, vem expressa no art. 1.829”, estabelecendo um rol de pessoas que podem suceder, preconizando a seguinte ordem:

> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Tal ordem, prevista no Código supracitado, constitui o rol de preferência de pessoas que podem suceder, quando da abertura da sucessão.

3.2 O instituto da multiparentalidade em face do Direito Sucessório

Com o advento da multiparentalidade, não houve, porém, previsão legal para o referido instituto no âmbito do Direito Sucessório. No entanto com o entendimento jurisprudencial adotado pelo Supremo Tribunal Federal do ano de 2016, admitiu-se esta como uma forma de filiação. Discorre Tartuce (2021, p. 179) “que tal reconhecimento deve se dar para todos os fins jurídicos, inclusive alimentares e sucessórios”.

Assevera o Enunciado n. 33 do IBDFAM, sendo este aprovado no seu XII Congresso Brasileiro, em outubro de 2019 que:

> O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz *jus* às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação”.

Nesse sentido, elucida o enunciado n. 632 da *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2018, na qual, estabeleceu que, “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”. Com esse entendimento aduz Schereiber e Lustosa (2016, p. 859) que “independentemente da origem do vínculo do filho, o filho será herdeiro necessário e terá direito a legitima”, assegurando assim o princípio da igualdade e isonomia contidos na Constituição Federal

Assim concernentes aos reflexos sucessórios, em relação ao filho advindo de uma filiação multiparental há a possibilidade deste herdar de dois pais e uma mãe ou de duas mães e um pai. Tal entendimento, ao contrário do que preconiza o Código Civil, resulta do fato que esse indivíduo exercerá eventual direito de herança em face de três ascendentes (e não apenas de dois, como de costume), (CALDERÓN,2017).

Deste modo, os filhos provenientes de relação multiparental elucida Calderón (2017, p. 230) que estes “terão três (ou mais) ascendentes, de modo que naturalmente deverão exercer direito de herança em face desses três (ou mais) ascendentes, respeitando-se o princípio da igualdade na filiação”, existentes na atual legislação.

No sentido inverso, aduz Carvalho (2019), encontra-se o direito de herança dos pais em situações que configure a multiparentalidade, em virtude da morte do filho caso esse venha a falecer sem deixar descendentes. Por conseguinte, consoante a tese de Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal é cristalina sua aplicabilidade aos casos de multiparentalidade (pluriparentalidade), quando do falecimento de ascendentes biológicos e/ou socioafetivos.

Corroborando ainda, com tal questionamento discorre Carvalho (2019, p. 365):

> Uma vez sendo possível a alguém receber herança de dois pais ou duas mães, porém, é mister relembrar que também, [...] “pode ocorrer o contrário, porquanto a tese aprovada é de produzir consequências em ambas as direções: direito do filho em relação aos múltiplos pais ou mães, mas também direitos dos múltiplos pais ou mães em relação ao filho.”

Dessa forma, tendo em vista o direito de herança entre os pais biológicos e afetivos, originou-se então a discussão da forma de divisão do quinhão herdado por estes em caso de falecimento do descendente e este não ter deixado filhos, a primeira corrente doutrinária entende que esta divisão deve ser realizada por linha previstas no código civil, ou seja 50% em favor da linha materna e 50% em favor da linha paterna, já uma segunda corrente diverge no sentido que, em existindo múltiplos pais ou múltiplas mães, a herança deverá ser dividida em três linhas, cabendo um terço da herança para cada um.

Assim partindo do pressuposto doutrinário, de acordo com Carvalho (2019), a primeira corrente defende que a melhor opção, em resolução a essa tríade de pais, em que ambos competem a herança em caso de descendentes em relações multiparentais (biológica e socioafetiva), que a divisão da herança no grau de ascendente seja realizada por linhas prevista no artigo 1.836, § 2º do Código Civil, garantindo assim a proporção da metade da herança destinada a favor da linha paterna e a outra metade a favor da linha materna.

Nessa esteira ocorrendo o falecimento do descendente nas relações constituídas com a multiparentalidade serão chamados a sucessão os seus ascendentes, assim discorre Lôbo (2021, p. 41) que "se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Já sob outro ponto de vista doutrinário a quem defenda que em existindo dois pais, e uma mãe ou vice-versa seria cabível uma nova forma de distribuição das cotas aos ascendentes diante dessa lacuna no Direito Sucessório, discorre Carvalho (2019, *apud* ROSA, 2020, p.63) que seria "necessário estabelecer a divisão pelo número de linhas parentais existentes no 1º grau ascendente. Assim, existindo dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, a herança será dividida em três linhas, cabendo um terço da herança para cada um".

Haja vista que, em decorrência da ausência da sucessão dos herdeiros na ascendência, em casos de multiparentalidade, não prevista no Código Civil sustenta Shikicima (2014, p.75) que "o legislador naquela época, quando da elaboração do Código Civil de 2002 havia somente em sua mente dois pais, inclusive de modo tradicional, um pai e uma mãe, entendemos que deveria ser preenchida essa lacuna para partes iguais, em caso de disputa em primeiro grau".

Para tanto, de acordo com Carvalho (2019) como forma de garantir a segurança jurídica afim de evitar eventuais injustiças decorrente da aplicação da norma infraconstitucional, vigente, o artigo 1.836 do Código Civil, aclara Carvalho (2019, p. 369) que este deve ser acometido por um acréscimo de parágrafo único ao dispositivo nos seguintes termos:

> Parágrafo único. Em caso de multiparentalidade, falecido o descendente sem deixar prole, o quinhão correspondente aos ascendentes, será dividido na mesma proporção do número de pais ou mães sobreviventes.

Sanando assim, quaisquer questionamentos, em relação a omissão da lei na norma infraconstitucional no que diz respeito a sucessão de ascendente na multiparentalidade. Dessa forma, restando o entendimento que diante do falecimento do descendente, e este não deixar filhos, a cota correspondente aos pais será dividida de forma igualitária com o número genitores supérstites a época da sucessão, CARVALHO (2019).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa originou-se durante as aulas de direito de família, realizada por esta pesquisadora no Campus da Univille, a qual ensejou o maior conhecimento pelo instituto da multiparentalidade, decorrente da socioafetividade, devido ao fato da mesma possuir situação semelhante a qual vivência com sua filha socioafetiva.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Lakatos e Marconi (2017, p. 12) o pesquisador “contextualiza as experiências em relação a sua temporalidade (quando aconteceram), espaço (onde ocorreram), corporeidade (as pessoas físicas que as viveram) e o contexto das relações (os laços produzidos durante as experiências)”.

A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Corroborando com esse entendimento Ramos, (2009, p. 184) aduz que “a abordagem qualitativa é muito usada no campo das ciências sociais e humanas, principalmente quando o pesquisador encontra fenômenos que, em face de sua complexidade, tornam difícil a sua quantificação”. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento com base nas normas da ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Qualquer que seja o campo a ser pesquisado, sempre será necessária uma pesquisa bibliográfica, que proporciona um conhecimento prévio do estágio em que se encontra o assunto (SANTOS e PARRA FILHO, 2012).

A presente pesquisa tem como fundamento o método dedutivo que consiste como ponto de partida “enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão” (HENRIQUE E MEDEIROS, 2017). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa é explicativa pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. De acordo com ANDRADE (2002), “a pesquisa explicativa é um tipo de pesquisa mais complexa que as outras, pois, além de registrar, analisar, classificar e interpretar os fenômenos estudados, procura delimitar seus fatores determinantes”. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo atingiu seu principal objetivo que foi analisar a filiação multiparental e seus efeitos no Direito Sucessório, pois devido aos novos meios e formas de arranjos familiares, surgiram novas relações de parentesco além das consanguíneas ocasionado assim novos conflitos jurídicos.

Na concepção dessa pesquisa a pergunta que se colocava era quais seriam os reflexos no âmbito do Direito Sucessório diante dessa nova forma de filiação baseada nos laços afetivos, após seu reconhecimento fixado na tese de Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal. E assim, ao longo da pesquisa foi possível observar que há uma preocupação no meio jurídico em razão da multiparentalidade diante do Direito Sucessório uma vez que não há lei que a regulamente

Como baliza do estudo tem-se o princípio da afetividade o que não se confunde com o afeto, pois este dar-se-á como elemento psíquico inerente ao ser humano porquanto a afetividade desponta como um núcleo de definição da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas, demonstrando consequentemente o afeto familiar existente entre seus membros, ensejando dessa forma vínculos como a paternidade/maternidade socioafetiva. Outrossim, iniciada uma relação de afetividade nas

famílias tem-se a posse de estado de filho o que revela a posição social desse liame entre pais e filhos, caracterizando assim a condição de filiação.

Em decorrência da filiação socioafetiva, surgiu então multiparentalidade o que permitiu o reconhecimento da possibilidade da concomitância do vínculo biológico e o afetivo garantindo a esse filho poder possuir múltiplos vínculos paterno/materno bem como o assento dos pais socioafetivos em paralelo com os biológicos em seu registro de nascimento sendo então uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos, além de garantir o direito a ancestralidade.

Durante o desenvolvimento do presente artigo, foi possível constatar que dentre as consequências jurídicas advindas da relação entre filho e a pluralidade de pais, está o direito de suceder de todos os envolvidos, ou seja, entre filho em relação aos pais, assim como os pais afetivos e biológicos em face do filho.

No entanto, talvez sendo o ponto mais fragilizado, o que se discute é a forma de distribuição do quinhão herdado pelos ascendentes, quando o descendente não deixar prole o que ainda é uma lacuna no Direito Sucessório. Na doutrina há quem entenda que esta divisão deve ser realizada por linha previstas no código civil, artigo 1836, § 2º ou seja 50% em favor da linha materna e 50% em favor da linha paterna, já sob outra ótica o entendimento diverge no sentido que, em existindo múltiplos pais ou múltiplas mães, a herança deverá ser dividida em três linhas, cabendo um terço da herança para cada um.

O tema deste artigo é de extrema relevância, pois trata-se de um cenário atual e vivenciado por uma grande fração de famílias brasileiras. Diante da diversidade cultural e o crescimento das famílias reconstituídas se faz necessário que o legislador adeque novas leis no direito de sucessório estando este articulado com os demais ramos.

Portanto, tendo em vista que o assunto é muito relevante, em razão da ausência na lei infraconstitucional, é recomendado que o presente artigo seja alvo de novas pesquisas, devendo este ser estudado por universidades a fim de que possa ser aprofundado em virtude de sua amplitude.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. Noções práticas. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciado 632 - VIII Jornada de Direito Civil 2018. Acesso em Abr. 2021. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1162

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal, 1988. Acesso em abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. IBDFAM. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Enunciado 33 do XXI Congresso Brasileiro 2019. Acesso em abr. 2021. Disponível em: https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Acesso em set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Acesso em set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Repercussão Geral 622 – Plenário 21/09/2016 - Recurso Extraordinário 898060 / Santa Catarina –. Precedência 21120385259. Órgão de origem: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito Civil – Família, Relação de Parentesco, Investigação de Paternidade. Reclamante: A.N, Reclamado: F.G. – Relator Ministro Luiz Fux. Acesso em abr. 2021. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919

BRASIL. IBGE - **Instituto Brasileiro de Geografia Estatística**. Censo 2010: Uniões Consensuais já representam mais de 1/3 dos casamentos e são mais frequentes nas classes de menor rendimento. Acesso em Abr. 2021. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14298-asi-censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-de-1-3-dos-casamentos-e-sao-mais-frequentes-nas-classes-de-menor-rendimento

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

CAMACHO, Michele Vieira. **Multiparentalidade e efeitos sucessórios**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Sucessões** – Inventário e Partilha. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva. Efeitos Jurídicos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice e OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a justiça começou a admitir**. 2015, p. 4. Acesso em abr. 2021. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adocao/multiparentalidade/d2_multiparentalidade_uma_realidade_que_a_justica_comecou_a_admitir_berenice_e_marta.pdf

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das Sucessões. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil.** 5. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p.699

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONCALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro: direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35

LAKATOS, Eva Maria Lakatos, MARCONI, Marina de Andrade Marconi. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 277

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 6: Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras Nogueira. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica. 2001

OLIVEIRA, Maria Marli. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Prefacio: FACHIN, Edson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentaliadade - A possibilidade de múltipla filiação** registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

RAMOS, Albenides**. Metodologia da pesquisa científica: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento.** São Paulo: Atlas, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, João Almeida e PARRA Filho, Domingos. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 83

SCALQUETTE, Ana Claudia. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIKICIMA, Nelson Sussumu, **Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade.** Revista científica virtual da escola superior de Advocacia da OAB-SP, São Paulo. 2014. Disponível em: https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_virtual_numero_18 Acesso em: 24/05/2021

SCHREIBER, Anderson e LUSTOSA, Paulo Franco. **Efeitos da multiparentalidade**. Fortaleza, Pensar Revista de Ciências Jurídicas. Dez de 2016. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824/pdf Acesso em: 24/05/2021

TEPEDINO, Gustavo e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 2. ed Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. Volume 5. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
VENOSA, Sílvio de Salvo: **Direito civil: sucessões**. 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo: **Família e sucessões**. Volume 5. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

DIÁLOGOS MUNICIPAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO NÃO ADVERSARIAL: A AUTOCOMPOSIÇÃO INSTITUCIONAL NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Felipe Cidral Sestrem[1]

Resumo: O presente artigo objetiva abordar a autocomposição de conflitos utilizada na esfera institucional do Poder Executivo, especialmente no âmbito municipal. A partir das inovações da Lei Federal n. 13.140/2015, foi admitida a criação de Câmaras Administrativas de Resolução de Conflitos no âmbito das advocacias públicas irradiando-se o modelo de solução não adversarial de casos no âmbito da aplicação das normas de direito administrativo. Previu-se a possibilidade do modelo consensual ser utilizado para a resolução de conflitos interorganizacionais, envolvendo órgãos ou entidades da administração pública. Esse artigo explora essa inovação legislativa, os requisitos e as fronteiras do instituto, além das experiências observadas no âmbito aucompositivo desde a promulgação da legislação.

Palavras-chave: Direito Administrativo Não Adversarial; Autocomposição institucional; Diálogos Municipais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma abordagem dedutiva, por meio de revisão bibliográfica de textos doutrinários, decisões judiciais e estudos empíricos existentes na doutrina jurídica nacional, para identificar as inovações legislativas apresentadas nas supracitadas legislações, os impactos para a solução de conflitos na esfera administrativa, com ênfase na identificação dos requisitos, das fronteiras, bem como das experiências práticas identificadas ao longo da pesquisa.

Pretende-se, com o presente trabalho, traçar o atual panorama da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, ao menos na esfera municipal, e do eventual êxito da utilização dessa nova metodologia de resolução extrajudicial de conflitos.

As recentes modificações legislativas realizadas no âmbito dos instrumentos de resolução de conflitos a partir das experiências da Lei Federal nº 13.140/2015 e da Lei Federal nº 13.105/2015, no art. 3º, art. 165 e seguintes, introduziram um dever de utilização de técnicas mais acessíveis, céleres e preferencialmente autocompositivas.

Não por outro motivo, dentre as normas fundamentais de processo estabelecidas no Capítulo I do Código de Processo Civil, a partir do art. 1º e seguintes, está a clara determinação do incentivo e estímulo à utilização de métodos de solução consensual de conflitos, sobretudo por meio de conciliação e da mediação (CPC, art. 3º, §3º)[2].

O art. 174 do Código de Processo Civil dispôs o dever dos entes públicos, inclusive dos Municípios, de criarem câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, com foco na resolução de litígios entre os próprios órgãos e entidades da administração pública (inciso I), perante terceiros interessados, a partir de um procedimento específico com a avaliação

1. Procurador do Município de Joinville. Especialista em Direito Tributário (IBET, 2012) e em Direito e Saúde pela Escola Nacional Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ, 2014). Graduado em Direito por meio do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC, 2009). Endereço profissional: Av. Hermann August Lepper, nº 10, 2º Andar, PGM. E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br Telefone: +55 (047)3431-3460.

2. É a redação do art. 3º, §2º e §3º, do Código de Processo Civil Brasileiro: § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

da admissibilidade de pedidos (inciso II) e, também, para a proposição e celebração de termos de ajustamento de conduta (inciso III). O texto citado reproduziu a disposição já presente no art. 32 da Lei Federal nº 13.140/2015 sem, contudo, excluir a possibilidade de utilização de outras formas de solução realizadas por intermédio de profissionais independentes (CPC, art. 175, *caput*).

Esse trabalho parte da análise comparativa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2012, p. 8-9) com dados dos processos existentes no país. A partir destes mais recentes, é possível verificar que 79,4% dos processos em trâmite no Brasil, pendentes de solução, estão concentrados na Justiça Estadual (CNJ, 2020, p. 95-96). O segundo maior litigante da justiça estadual brasileira é o setor público municipal, representando 11,6% de todas as demandas brasileiras, superado apenas pelos bancos (CNJ, 2012, p. 8-11).

A cultura do litígio é exacerbada na esfera pública, seja em razão do temor existente na adoção de técnicas autocompositivas, muito decorrente da *cultura do medo* e da penalização (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 38-39), como também em razão de uma visão ainda arcaica e clássica da indisponibilidade do poder público como fator limitante da atividade resolutiva. A densificação de direitos fundamentais e a aproximação do Direito Administrativo à garantia das necessidades do cidadão busca superar esses problemas, adotando-se uma visão social[3] do Direito Administrativo Brasileiro (GABARDO, 2017. p. 101-102).

A partir dessa viragem consensual, muito decorrente do reconhecimento da liquidez da modernidade e dos problemas dela decorrentes[4] (BAUMAN, 2001, p. 70; 173-174), que rompem as barreiras físicas promovendo flutuações e adaptações na contingência da maximização dos interesses, somada ao implemento da digitalização do mundo, sobretudo a partir da ideia de governo digital e da utilização de tecnologias de informação e comunicação – TICs[5] (CRISTÓVAM; SAIKALI; SOUZA, 2020, p. 217-224), pode-se compreender que a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos dentro das esferas públicas municipais possui um relevante efeito preventivo na litigiosidade judicial.

Por outro lado, o artigo busca avaliar a necessidade de regramento específico da autocomposição e quais os efeitos decorrentes da adoção de um modelo aberto, com foco nas experiências eventualmente existentes, sem retirar o foco da necessidade de inclusão de todos os atores processuais e, ainda, dos afetados pelos atos administrativos eventualmente submetidos à tutela da Administração Pública.

---

3. Sobre o resgate do conceito de interesse público a partir da visão de Estado Democrática de Direito e do comprometimento da ação do Estado à vontade da sociedade, ver o texto clássico de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO. 2003, p. 139-142).

4. Zygmunt Bauman, ao abordar o tema da *modernidade líquida,* faz severas críticas à fluidez do capital, à desregulação estatal e à tentativa de maximização dos lucros, evitando-se barreiras. O autor sugere intuitivamente que um modelo líquido contribui para a potencialização de desigualdades e para a exclusão social. Não por outro motivo, a exclusão decorrente da potencialização do uso de tecnologias exclusivamente digitais, sobretudo em um país como o Brasil sensivelmente afetado pela desigualdade informacional, releva uma sensível disrupção do tecido social.

5. Sobre esse ponto, cite-se as recentíssimas disposições normativas da Lei Federal nº 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para implementar o conceito de *governo digital* no Brasil, objetivando o incremento da eficiência da Administração Pública.

1. O IMPERATIVO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NÃO ADVERSARIAL

Modelos não adversariais aplicados à Administração Pública têm demonstrado relevância e importância ao desenvolvimento das democracias, sobretudo diante do incremento da eficiência administrativa que promovem.

A teoria não é nova, remontando aos estudos acerca da consensualidade ou *administração concertada*[6], pautados no resgate do conceito de promoção ao interesse público e de valorização de um Estado de Bem-Estar Social comprometido com o cidadão (MOREIRA NETO, 2003, p. 147). Nessa forma de Administração Pública a superação de conflitos instalados seria realizada por meio da técnica de exercício da *função judicativa administrativa*.

Por *Direito Administrativo Não-Adversarial* deve-se entender a repaginação da cultura administrativa vigente no Estado *lato sensu*, focando-se em resultados e na solução concertada de conflitos que venham a se apresentar no dia a dia da Administração Pública:

> (...) os interesses públicos genuínos não acarretam, sem pleno reparo, o sacrifício de postulações particulares legítimas. Tampouco se compaginam com o déficit crônico de efetividade dos processos administrativos e judiciais e menos ainda com a imposição acrítica de sanções administrativas estéreis (como grande parte das multas), as quais, na maior parte das vezes, não passam de engano e autoengano, já que raramente executadas. Inversamente, os compromissos administrativos celebrados e implementados de maneira proba, tendem a ser liquidamente vantajosos. Para ilustrar, nos processos disciplinares, às voltas com pequenas infrações, os termos de compromisso de ajustamento, desde que não cruzem certas balizas, tendem a funcionar melhor do que as imposições sancionatórias ortodoxas (FREITAS, 2017, p. 29).

Nesse campo, muda-se o estilo da atividade administrativa, compreendendo-se que o litígio e o conflito não são o destino natural do Estado. Deve-se cultural e biologicamente promover a mudança do agente público, cultivando nele habilidades de negociação, subjetivas e objetivas, técnicas disruptivas, com viés de eficiência e de incremento dos resultados estatais. É o foco no investimento da costura pactuada, nas palavras de Christopher W. Moore, abandonando-se a lógica dos jogos administrativos de soma zero (FREITAS, 2017, p. 30-31).

A adoção de um princípio-matriz de consensualidade para reger as atividades administrativas conduz aos seguintes avanços: a) aprimoramento da governabilidade; b) melhoria dos modelos jurisdicionais e de redução de demandas perante o Judiciário; c) promoção de decisões administrativas e judiciais mais legítimas; d) auxílio na formação de um senso de responsabilidade das pessoas pelo litígio; e) garantia de maior aceitação às ações estatais; f) fortalecimento dos freios contra o abuso de poder e contra o desvio de finalidade (MOREIRA NETO, 2007).

As diversas transformações no Direito Administrativo, por meio de sua constitucionalização, crise da lei formal, normatividade dos princípios e a superação do

6. Diogo de Figueiredo Moreira Neto apontava que a *administração concertada* seria aquela voltada para três finalidades administrativas imediatas: a) promoção do interesse público; b) realização do interesse público; e c) recuperação do interesse público; (MOREIRA NETO, 2003, p. 147). O autor apontava que a função de recuperação do interesse público seria concretizada por meio da função judicativa administrativa, na qual se buscaria a submissão dos casos à reanálise da juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões que coubessem recurso.

modelo hermético de discricionariedade administrativa contribuíram para a construção de um modelo de consensualidade na Administração Pública.

Um dos relevantes aspectos dessa mudança de eixo do novo Direito Administrativo, com a adoção de um modelo gerencial pautado na ideia de governança pública e de maximização da eficiência, é a possibilidade da realização do controle da juridicidade, inclusive internamente. A necessária vinculação ao ordenamento jurídico como um todo permite promover a sindicabilidade dos atos discricionários por meio de instrumentos de controle ou de procedimentos estruturados no âmbito da Advocacia Pública (DI PIETRO, p. 233).

Além da abordada reformulação, o movimento de adaptação da nova função jurisdicional e outras formas de resolução de conflitos, capitaneadas por meio da Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), do Fórum Múltiplas Portas e da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, imputaram à Administração Pública um novo dever de eficiência: a necessidade de redução dos litígios (CUNHA, 2016, p. 637-663).

A releitura do princípio da separação de poderes e a necessidade de superação de um modelo clássico, hermético e formalista do processo civil, que depunha contra a segurança jurídica (SILVA, p. 190-194) e remontava às tradições romano-germânicas, solução essa que demandaria necessariamente um terceiro imparcial, a cargo do Estado, são a chave da mudança para a internalização de um Direito Administrativo Não-Adversarial na práxis estatal.

2. AUTOCOMPOSIÇÃO INSTITUCIONAL E A LEI Nº 13.140/2015

2.1 Entre autotutela, heterocomposição e autocomposição

Uma das primeiras questões que pode ser debatida é a natureza da resolução de conflitos perante a Administração Pública. Tecnicamente, autotutela, heterocomposição e autocomposição são figuras distintas, abordadas a partir de perspectivas diversas.

A autotutela é considerada o meio mais antigo de solução de conflitos, sem intervenção de terceiros ou do próprio estado, traduzindo a solução adotada pelo próprio agente, sem concertação de vontades ou debate dialógico (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2012, p. 28-30). Parte de uma ação unilateral impondo-se à vontade dos demais a própria força, tendo por esse motivo certa carga de negatividade latente (TARTUCE, 2015, p. 36-41).

No âmbito do Direito Administrativo, a autotutela é prevista juridicamente no art. 53 da Lei Federal nº 9.784/1999 ao se impor o poder-dever de correção de atos administrativos eivados de vício de legalidade ou, ainda, promover-se a revogação de atos inoportunos ou inconvenientes, vista como prerrogativa excepcional da Administração para a tutela do interesse público estatal (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 57).

Por sua vez, a heterocomposição estaria lastreada na ideia da participação de uma parte adversa, uma pessoa imparcial, que possa de forma equidistante do conflito e de maneira isenta promover sua compreensão e decisão. Exemplo clássico é a adoção do processo judicial como forma de resolução de conflitos ou mesmo a arbitragem (TARTUCE, 2015, p. 61-62).

Na autocomposição ou método paraestatal de solução não-adversarial a pacificação do conflito é promovida pelas próprias partes que o vivenciam e o

experimentam. Ela pressupõe a ausência de coerção, fundamentada na ideia de consenso entre as partes e da autonomia da vontade.

A partir das lições da doutrina (EIDT, 2017, p. 117-118), a opção da legislação processual civil esteve relacionada com a utilização do termo *autocomposição* como uma forma de inter-relação entre órgãos municipais, em típica atividade mediadora. Reservou-se, assim, o termo *mediação* para a resolução dos conflitos em matérias estritamente relacionadas aos particulares (SPENGLER, 2016, p. 124).

Tradicionalmente são identificadas como modalidades ou técnicas específicas de autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Na negociação, há comunicação aberta e objetivamente realizada para a satisfação do acordo. É um processo de resolução pautado na modificação das exigências, na realização de concessões e no atingimento de benefícios mútuos para os interessados (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 715-776).

Pode seguir vários modelos, por matrizes cooperativas ou competitivas. Sob um viés do Direito Administrativo Não-Adversarial, a adoção de técnicas de negociação autocompositivas na esfera pública demandaria necessariamente um caráter colaborativo. Busca-se, assim, criar valor, obter resultados sensatos, justos e proporcionais, sem vantagens excessivas ou redução do espectro de direitos.

No tocante à técnica de conciliação, o Código de Processo Civil faz menção expressa à modalidade no art. 165, imputando-se a um agente, que atua na qualidade de conciliador, a promoção de interações entre as partes para que elas evitem ou desistam das resistências opostas à satisfação da pretensão, uma das outras. Adota-se, assim, atividades de investigação do objeto e de escuta das partes, auxiliando-as na celebração do acordo (TARTUCE, 2015, p. 47-51).

Por último, na mediação, há solução autocompositiva por meio da qual um terceiro busca auxiliar os interessados na resolução do conflito a partir do diálogo incentivado, sem, contudo, adotar um papel de protagonismo. A ideia é estimular o nascimento das propostas, do estabelecimento do diálogo entre as partes e da solução espontaneamente alcançada, partindo-se da premissa de que a solução voluntária é a mais segura e sólida. A mediação está prevista no art. 165 a 175 do CPC/15, além de outras previsões esparsas no art. 334, art. 694 e arts. 21 a 23 da Lei Federal n. 13.140/2015.

2.2 O fundamento no consenso e na confiança interna

Um modelo de solução institucional interna dos conflitos da Administração Pública é um modelo pautado no *consenso*. É a intensidade da atuação consensual que definirá a efetividade do modelo de solução de conflitos a ser empregado.

> A moderna literatura sociopolítica sobreleva o papel das instituições do consenso na construção de sociedades livres, em substituição aos sistemas que se fundavam fortemente nas instituições de comando (...) a *desconfiança,* que leva à divergência, porque deriva do instituto de sobrevivência, é inata, ao passo que a confiança, que conduz à convergência, surge no plano da consciência e exige um nível de refinamento cultural na medida em que as instituições vão criando fatores comportamentais que atuem reduzindo as inibições e, ao revés, promovam a ativação de uma etologia do desenvolvimento. Em resumo, essa hipótese de trabalho se assenta na ideia de que o desenvolvimento sustentado de povos e de civilizações "reside na confiança acordada à iniciativa pessoal, à liberdade explorativa e inventiva", embora reconhecendo a contrapartida de limites e de deveres (MOREIRA NETO, 2003, p. 132).

Por isso, um fator de dúvida presente na definição de modelos autocompositivos é a obrigatoriedade da submissão dos casos à apreciação das Câmaras Administrativas e as consequências da ausência de adesão do órgão à solução interna.

Na práxis há severa desconfiança e um latente temor por parte dos gestores públicos sobre a intervenção e a tutela da sua atividade funcional por meio de órgãos de controle. Se por um lado a arena judicial se apresenta como um espaço institucional mais seguro para solucionar conflitos envolvendo terceiras pessoas, ela ostenta uma natureza não convidativa para a resolução de demandas internas, seja em razão do seu caráter externo, atrelado à lógica de controle, seja em razão da formalidade necessária.

Além disso, a exigência da multipolaridade de atores para o estabelecimento da relação jurídico-processual também afasta os conflitos internos dos órgãos administrativos que não são fáceis de serem submetidos ao amplo controle jurisdicional.

Ainda que os espaços institucionais internos de composição apresentem condições mais atrativas para o amplo debate dos temas envolvendo a atuação estatal, não apresentam *segurança jurídica* suficiente por não estarem estruturados em lei formal e, também, por representarem solução passível de submissão ao Poder Judiciário, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV) colocando em xeque sua definitividade[7].

2.3 Aspectos da autocomposição administrativa: o recorte da autocomposição institucional (CPC, art. 174, inciso I)

O exercício da atividade estatal consensual preventiva pode ser empreendida sob três aspectos diversos: de um ponto de vista *espacial, instrumental* ou, ainda, *objetivo*.

Sob o aspecto *espacial* a autocomposição pode ser realizada em *espaços institucionais* especificamente criados. Pode, no entanto, ser realizada no bojo de procedimentos administrativos outros, a exemplo de revisões tributárias, procedimentos de apuração de responsabilidade disciplinar, procedimentos de penalização de contratantes ou licitantes.

O foco desse trabalho é na identificação dos requisitos, fronteiras e experiências relacionadas à criação de espaços institucionais, no âmbito da Administração Pública Municipal, para a promoção e resolução de conflitos, com ênfase nos conflitos internos.

A criação das Câmaras Administrativas decorre da determinação do próprio Código de Processo Civil. Por se tratar de efetivos órgãos administrativos, demandam a iniciativa do Chefe do Poder Executivo e, ainda, lei formalmente estabelecida. Apesar disso, há certa dúvida quanto à exigência legal, sobretudo em razão da autorização legislativa genérica do §1º do art. 32 da Lei Federal nº 13.140/2015 que autoriza a definição da composição dos órgãos por meio de regulamentos próprios.

Apesar disso, os órgãos devem ser criados de forma permanente, como política pública de Estado, desenvolvendo procedimentos administrativos com amplo diálogo. Daí sua pressuposição à lei formal.

Além desse aspecto, é possível pensar no desenvolvimento da autocomposição administrativa sob um viés *instrumental*, isso é, a resolução de conflitos por meio de ferramentas especificamente criadas no âmbito normativo-jurídico para servir de fundamento ao consenso. Se as Câmaras são o espaço no qual os conflitos são

7. Nesse último ponto, a doutrina aponta que a adoção de Resolução Alternativa de Disputas (ADRs) e da Resolução Apropriada e Amigável de Disputas (RAD), ambas presididas pelo consensualismo probo não implicam a abertura de mão da decisão judicial e da via revisional jurisdicional. Por esse motivo pode-se conceber certa fragilidade da adoção desse tipo de iniciativa, ao menos do ponto de vista do controle interno (FREITAS, 2017. p. 33).

resolvidos, o procedimento é o instrumental empregado pelo Poder Público para se alcançar o fim desejado: a pacificação.

A autocomposição, sob o aspecto *instrumental,* não é, todavia, realizada apenas nas Câmaras Administrativas. Por ser ferramenta à disposição do Estado, pode ser utilizada no âmbito de qualquer atividade. Não por outro motivo, o Município de São Paulo previu a estruturação dos órgãos de autocomposição no bojo de uma Política Pública de Desjudicialização dos conflitos municipais (Lei Municipal nº 17.234/2020).

Por isso, podem ser identificados como *instrumentos* de autocomposição os *acordos substitutivos* ou *termos de ajustamento de conduta* (art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 c/c art. 5º, §6º, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985). Em regra, pressupõem uma atuação administrativa *a posteriori,* de matriz revisional, em que se substitui a ação administrativa anteriormente deflagrada quando se verificar que o interesse público possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere e menos custoso.

Por fim, sob um aspecto *objetivo,* a autocomposição pode se desenvolver por meio das modalidades ou técnicas específicas de resolução de conflitos: por meio da conciliação, da mediação e da negociação. Essas técnicas são aplicáveis tanto no âmbito do órgão institucional criado nas Advocacias Públicas (Lei Federal nº 13.140/2015, art. 32) para o consenso.

Portanto, do ponto de vista da autocomposição institucional, ela poderá ser promovida por meio da submissão do caso à apreciação do órgão competente ou, ainda, por meio da ação de um procedimento específico substitutivo da vontade, aplicado incidentalmente, ambos permeados pela adoção das técnicas específicas de solução dos casos.

2.4 Princípios aplicáveis à autocomposição institucional no setor público

A adoção de técnicas de autocomposição ou mesmo de negociação em geral por óbvio devem aplicar os princípios e regras constitucionais, notadamente aquelas dispostas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Seja por meio da adoção das técnicas de conciliação, mediação ou técnicas inominadas, a utilização da autocomposição institucional deve primar pela eficiência da ação administrativa, com ênfase na resolução de casos envolvendo prestações estatais. Por isso, não poderá o agente se descurar da necessária adoção dos princípios da *probidade*[8]*, moralidade, inafastabilidade do Poder Judiciário* e *primazia da continuidade dos serviços públicos* (FREITAS, 2017, p. 36-37).

Por se tratar de método alternativo de resolução de conflitos, a autocomposição deve também se reger pelos princípios igualmente aplicáveis à conciliação e a mediação, a saber: a) impessoalidade; b) imparcialidade; c) isonomia; d) ampla defesa; e) boa-fé. Nesse ponto, vale o registro da Lei Municipal de Porto Alegre nº 12.003/2016, em seu art. 3º.

De toda forma, considerando o caráter institucional das Câmaras, é possível conceber que a resolução de conflitos pode estar atrelada à solução da incompreensão de atribuições, à prestação de ações e serviços públicos ou, ainda, à adoção de medidas de caráter repetitivo ou coletivo relacionadas às decisões administrativas ou judiciais (i.e. precedentes vinculantes). O foco nos serviços públicos decorre justamente do fato de

8. Em apertada síntese, Juarez Freitas (2017, p. 38) define o espectro de alcance da transação na esfera administrativa aos seguintes casos: “estão vedados, no regime publicista brasileiro, os compromissos e ajustamentos ímprobos, desproporcionais, refratários aos procedimentos de controle e abusivamente endereçados a contornar a juridicidade”.

que, na maior parte das vezes, a autocomposição institucional diz respeito à definição de atribuições administrativas dos diferentes órgãos para a adoção de ações relacionadas à prestação de serviços.

3. DIÁLOGOS MUNICIPAIS E O MODELO DE RESOLUÇÃO INTERNA DE CONFLITOS INSTITUCIONAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Riscos à adoção de um modelo aberto de autocomposição: Entre o ponderacionismo e o solipsismo administrativo

A utilização de um modelo consensual autocompositivo de resolução de conflitos internos na Administração Pública também deve ser depurado a partir da valorização da concretização da legalidade democrática, com a retomada das regras jurídicas como fator normativo primeiro de concretização da legalidade (CRISTÓVAM, 2019. p. 1017-1018).

A razão da fragilidade da adoção de regras puramente principiológicas, de matriz subjetivista, como marcos e limites estabelecidos para a realização da autocomposição interna na Administração Pública gera extrema insegurança, sobretudo perante órgãos de controle da atividade estatal (i.e. Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, Judiciário).

Não que os princípios deixem de ser aplicados em métodos de autocomposição. É que a utilização de um modelo puramente ponderacionista como fator de decisão de técnicas autocompositivas possui evidentes limites de aplicação.

Por outro lado, a doutrina sinaliza a possibilidade de utilização da técnica de ponderação mitigada, com relativo êxito, a partir da retomada de três eixos: a) dever de verificação e aplicação da regra imediatamente subsumida ao caso, que não pode substituir a opção pré-legislativa adotada pelo Poder Constituinte (ÁVILA, 2008, p. 106-107); b) dever de apuração da existência e da validade da regra, bem como da compatibilização dela ao sistema jurídico, notadamente às normas constitucionais; c) dever de justificação do processo de ponderação e de respeito aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade (ÁVILA, 2009. p. 10-11).

Nesse caso, a atração do modelo ponderacionista estaria mais vinculada a uma *ponderação judicial,* como espaço de revisão da atividade concreta da Administração Pública (CRISTÓVAM, 2019. p. 1012), do que propriamente à aplicação mais abrangente e concreta da legislação no caso prático *sub judice*.

A partir desse delineamento, a adoção de um dos primeiros requisitos essenciais e aptos a permitir a resolução interna, autocompositiva, de conflitos institucionais na Administração Pública é a necessidade de previsão normativa dos casos abrangidos, declinando-se necessariamente o método, o procedimento, os atores e, especialmente, a técnica de decisão a ser empregada.

A diretriz básica da regulamentação objetiva, portanto, evitar no âmbito interno de controle a proliferação daquilo que a doutrina convencionou chamar de *pan-principiologismo*[9] ou *alargamento hermenêutico exacerbado da interpretação jurídica* (WEBBER, 2013, p. 322-323), promovendo-se lamentavelmente soluções superficiais fundamentadas de maneira frágil numa estrutura principiológica sem a necessária densificação dos casos a partir da aplicação de regras jurídicas sólidas (SUNDFELD, 2012, p. 70-71).

9. No mesmo sentido, Suelen da Silva Webber anota que o panprincipiologismo pode ser o fator de impedimento da concretização de inúmeros direitos fundamentais, sobretudo do próprio *preceito* de *democracia,* mascarando o solipsismo judicial (WEBBER, 2013. p. 318-321).

Juarez Freitas (2017, p. 39) aponta, ainda, outras expressivas barreiras à implementação prática de um modelo de Direito Administrativo Não-Adversarial que invariavelmente inserem-se na autocomposição administrativa: a) adversarismo exacerbado; b) encarceramento de jogos de soma zero; c) não aplicação de regras de governança pública; d) burocracia administrativa irreflexiva, dentre outras.

Se na arena judicial a preocupação com a concentração de poderes na figura do julgador é um relevante ponto de discussão na moderna doutrina processual, seria no mínimo leviana a proposição de regulamentação da autocomposição institucional da Administração Pública pautada em decisões puramente monocráticas ou construídas sem fortes marcos normativos instituídos. Daí a necessidade de previsão da competência para adoção do procedimento autocompositivo, preferencialmente colegiada.

A própria utilização de um modelo aberto de regulamentação por meio do estabelecimento de regramentos em Portarias, Instruções Normativas ou Decretos tem sido rechaçada na prática[10], a despeito da previsão legal do art. 32, §1º, da Lei Federal nº 13.140/2015 abrir margem a essa opção.

3.2 A importância do agir comunicativo: solução pelo debate

O agir comunicativo demanda, antes, a universalização do diálogo (BORDIEU, 2007, p. 10-11). Por meio das premissas anteriormente estabelecidas, é a partir da *viragem consensual,* adotando-se um Direito Administrativo Social, rompendo-se o ponderacionismo exacerbado e permitindo-se a criação de uma cultura da consensualidade na esfera pública, sob a lógica do modelo não-adversarial, que se poderá permitir a atuação efetiva de um órgão de autocomposição.

O consenso é, antes, uma ação cultural. A solução por meio do debate exige, também, a adoção de uma ética do discurso (HABERMAS, 1989, p. 143-148) por meio da qual os interlocutores admitem a cognição do problema, a validação do debate por meio de juízos universais e, ainda, o formalismo, deixando-se de lado questões triviais e lastreadas nos interesses estritamente particulares dos interessados.

O diálogo é o ponto de diferenciação do procedimento previsto no art. 32 da Lei Federal nº 13.140/2015. Ele constitui o *iter procedimental* necessário para se chegar à resolução do conflito: o diálogo é o elemento que caracteriza o procedimento participativo desenvolvido nas Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CRISTÓVAM; EIDT, 2020, p. 72).

> Desta lógica advém a legitimidade do procedimento consensual, em que o diálogo e a consideração das posições de todos os envolvidos permitirão uma decisão razoável e de mais fácil implementação, se comparada a uma decisão heterocompositiva (...) Este processo dialógico e participativo é que tornará a atividade das câmaras administrativas algo diverso do que ocorre nos processos judiciais e, até mesmo, nos procedimentos administrativos em geral, que muitas

10. Recentemente, em decisão proferida no Mandado de Segurança Coletivo n. 5017071-40.2020.4.03.6100 da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo, reconheceu-se a impossibilidade de inovação normativa, por meio de Portaria, quanto aos critérios de estabelecimento de acordos e transações no âmbito tributário. É o trecho da decisão: “Uma vez que a Lei nº 13.988/2020, que dispõe sobre a referida transação, em seu artigo 10, não impõe limites de valores para concessão do benefício fiscal, nem delega à Administração Tributária a atribuição de impor limites de valores de débitos possíveis de transação (exceto transação por adesão no contencioso tributário de pequeno valor – artigo 23, I), não há como uma portaria ou instrução normativa inovar onde a lei ordinária não o fez. Assim, não pode impor condição limitadora ao benefício fiscal no tocante ao valor do débito tributário para adesão à respectiva transação, sob pena de violação ao princípio da reserva legal em matéria tributária”. Em sentido semelhante, decisão monocrática da relatoria do Ministro Herman Benjamin, no REsp n. 1.506.175-PR, DJ 20.04.2015.

> vezes asseguram aos particulares em geral somente uma posição formal de participação, mas não substancial (CRISTÓVAM; EIDT, 2020, p. 73-74).

O diálogo permite o respeito ao devido processo legal na sua vertente substantiva, auxiliando-se os participantes na tomada de posição. O maior benefício do procedimento é, portanto, admitir a criação de um canal de debate e diálogo entre os agentes públicos. Na atuação diária, não raras vezes a burocracia estatal e o grande número de demandas, somados à necessidade de tradução dos atos na esfera documental, retiram a possibilidade do debate e da construção coletiva de ações por parte dos mais diferentes órgãos da Administração Pública.

A garantia de um procedimento com ampla participação, com a transparência dos atos e a possibilidade de esclarecimento das partes quanto às funções do órgão de composição e as suas próprias funções junto à Administração Pública, viabiliza a solução institucional, tanto do ponto de vista de órgãos internos dos Municípios, quanto do ponto de vista dos demais entes integrantes da Administração Indireta.

3.3 Requisitos e experiências aplicáveis à autocomposição municipal

O debate inaugural sobre os requisitos aplicáveis à autocomposição está sediado nos limites do que pode vir a ser submetido à solução administrativa. Considerando a abertura interpretativa do art. 3º e do art. 32, §2º, da Lei Federal n. 13.140/2015, há uma clara necessidade de se prover de forma prévia a regulamentação específica dos casos que podem ser submetidos às Câmaras Administrativas.

A prática é farta de casos não uniformes. No âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o Ato nº 635/2019/PGJ do Procurador-Geral de Justiça criou o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (NUPIA), viabilizando a criação de Câmaras Administrativas Permanentes para solucionar consensualmente demandas complexas relativas às áreas de atuação dos órgãos de execução ministerial.

Na Advocacia-Geral da União foram criadas Câmaras de Conciliação com diferentes campos de atuação, em direitos possessórios, responsabilidade civil, créditos, tributos, questões indígenas, etc. No Estado do Rio de Janeiro, foram criadas as Câmaras de Resolução de Litígios de Medicamentos (CRLS), em 2012, por meio de um convênio celebrado por múltiplos atores, além das Câmaras Administrativas de Solução de Litígios (CASC) criadas pelo Decreto n. 45.590/2016, com três objetivos principais: a) autocomposição intra-administrativa; b) autocomposição com os Municípios; c) autocomposição com os administrados (GARCIA, 2020. p. 44-45).

Especificamente no âmbito dos Municípios, podem ser citadas as experiências de Porto Alegre, por meio da Lei Municipal nº 12.003/2016 e Decreto nº 19.519/2016, e da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 17.324/2020 e Decreto nº 57.263/2016). Da análise das Câmaras instituídas na prática é possível verificar que não há um modelo único aplicado (CUÉLLAR, 2020).

No modelo de Porto Alegre, houve a instituição de uma Central de Conciliação dividida em três Câmaras Administrativas distintas, cada qual com sua atribuição. Buscou-se a criação de um órgão específico de mediação e conciliação, esse com competência para dirimir conflitos institucionais da Administração Pública (art. 10, *caput,* e incisos I e II, da Lei Municipal nº 12.003/2016).

Por sua vez, no modelo paulista, optou-se por estabelecer uma política municipal de desjudicialização coordenada pela Procuradoria-Geral do Município, buscando dirimir conflitos internos entre órgão da Administração Pública Direta e Indireta (art. 2º, inciso I,

da Lei Municipal nº 17.324/2020) dentre outros objetivos. A referida Câmara foi prevista no art. 24 da Lei Paulista, cuja composição remonta ao Decreto Municipal nº 57.263/2016, vinculando-se à Coordenadoria-Geral do Consultivo (art. 10), cuja reformulação ainda será editada.

A ausência de especificação precisa das atividades, atribuições, limites e condições das Câmaras pode ser o motivo principal para a ausência de ampla disseminação prática do instituto, malgrado previsto há mais de cinco anos. Essa regulamentação pressupõe o estabelecimento de etapas procedimentais a serem desempenhadas no órgão de atuação (*aspecto espacial).* Dentre elas é possível identificar a descrição da forma pela qual se promoverá a admissibilidade dos pedidos, a realização de sessão de autocomposição, a realização de transação ou termos de ajustamento de conduta (*aspecto instrumental*).

Além disso, considerando a existência de responsabilidade pela composição intra-administrativa, um requisito essencial à formulação da autocomposição é a competência para a representação do órgão e as pessoas que podem vir a participar do procedimento (cf. art. 7º do Decreto Estadual nº 46.522, de 10 de dezembro de 2018, do Rio de Janeiro).

Partindo-se da premissa de que o emprego de técnicas de *mediação, negociação* e *conciliação* demanda também a obtenção de informações preliminares, é adequado apontar-se como requisito à regulamentação a existência de um poder geral de instrução ou de requisição de documentos hábeis à promoção do ato.

No modelo carioca, também estudado, há três aspectos interessantes da regulamentação das Câmaras Administrativas. O primeiro deles está ligado à capacidade do Procurador-Geral promover a solução direta da controvérsia por meio de parecer jurídico especificamente proferido, distanciando-se da lógica de solução pelas partes (art. 11 do Decreto Estadual nº 46.522/2018). O segundo está relacionado à submissão do servidor responsável pelo descumprimento das obrigações estipuladas no procedimento às sanções administrativas previstas na legislação (art. 13 do Decreto Estadual nº 46.522/2018). O último aspecto é a relação direta da atuação dos Procuradores de Estado à atividade autocompositiva (art. 14 do Decreto Estadual nº 46.522, de 10 de dezembro de 2018 c/c art. 9º da Resolução PGE/RJ nº 4.430, de 05 de agosto de 2019).

Todos esses elementos retirados das experiências práticas indicam a necessidade de respeito ao devido processo legal e à garantia da ampla participação e oitiva das partes no procedimento dialógico da autocomposição institucional.

Um último ponto de regulamentação está relacionado à eficácia da decisão proferida. Se a lógica da consensualidade é a pacificação social e a redução de litígios, uma das possíveis vantagens da adoção de modelos de autocomposição de conflitos na Administração Pública é atribuição de força normativa à decisão, isso é, a capacidade de se outorgar extensibilidade aos acordos firmados, prevenindo-se casos semelhantes (MOREIRA NETO, 2003, p. 153).

3.4 Principais problemas enfrentados: as fronteiras da autocomposição

O maior problema enfrentado é a superação da cultura do litígio, cujo arrefecimento vem ocorrendo em grandes centros urbanos a partir da difusão de estudos sobre consensualidade e métodos alternativos de resolução de conflitos, sobretudo por meio das Universidades.

Verificando-se as pouquíssimas experiências práticas existentes no âmbito municipal e a necessidade de interiorização dos métodos e da cultura do consenso, pode-se afirmar que o maior desafio está relacionado ao alcance geográfico da efetividade do

art. 32 da Lei Federal nº 13.140/2015. O segundo grande desafio é o convencimento das máquinas administrativas municipais, com pouquinhos recursos orçamentários em razão do seu diminuto tamanho, de que devem empregar recursos financeiros e humanos em estruturas locais para redução da litigiosidade.

A superação desse cenário perpassa por duas iniciativas: a) a possibilidade de utilização de ações regionais capitaneadas pelo Estado-membro para colocar à disposição estruturas à serviço dos municípios de pequeno porte, estabelecendo-se parcerias; b) a adoção de estruturas de resolução de conflitos virtualmente estabelecidas (i.e. ODR – *online dispute resolution*), cujo acesso poderia ocorrer em qualquer lugar e cuja tecnologia poderia ser compartilhada por inúmeras administrações municipais.

Outro limite está relacionado à confidencialidade aplicável aos procedimentos de autocomposição (art. 2º, VII, art. 14 e art. 30 da Lei Federal nº 13.140/2015). A despeito das disposições relacionadas à restrição de dados nas mediações privadas, não há disposição específica quanto à confidencialidade da autocomposição institucional, salvo o disposto nos §§3º e 4º do art. 30 da Lei de Mediações.

Apesar disso, compreende-se que o caráter público da resolução dos conflitos, somado à regra geral de acesso à informação (art. 1º e seguintes da Lei Federal nº 12.527/11), impediriam a restrição de acesso às informações relacionadas aos procedimentos submetidos à autocomposição institucional, formulada com base no art. 32, I, da Lei Federal nº 13.140/15.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo proposto identificou a partir da revisão bibliográfica utilizada a baixa efetividade do modelo de resolução consensual de conflitos no âmbito municipal.

Apurou-se que, a despeito da inovação estar prevista na legislação desde o advento da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil, na prática pouquíssimas administrações municipais têm utilizado o instrumento. Por outro lado, a maior parte dos processos judiciais estão concentrados na Justiça Estadual, sendo os Municípios os maiores clientes do Poder Judiciário, só perdendo espaço para as instituições bancárias. A despeito disso, cogita-se se o modelo de autoconsensualidade de questões internas (intragovernamentais) poderia ser de fato submetido à avaliação da atividade jurisdicional.

Verifica-se que a ausência de regulamentação específica no âmbito federal, somada à visão beligerante e extremamente conservadora ainda predominante no Direito Administrativo Brasileiro, apresentam-se como óbice à implementação prática das Câmaras Administrativas de Resolução de Conflitos nos Municípios em geral.

Além disso, a baixa estruturação organizacional municipal, os reduzidos orçamentos municipais e a necessidade de interiorização da prática consensual são grandes barreiras à criação massiva de ambientes de solução autocompositiva.

Sugeriu-se, portanto, a adoção de modelos coletivos, pautados na disponibilização de ambientais regionais de solução de conflitos, potencialmente capitaneados pela Advocacia Pública Estadual, estabelecendo-se parcerias com Municípios de pequeno porte. Outra sugestão foi a adoção de modelos eletrônicos de solução autocompositiva que pudessem ser compartilhados em conjunto com as administrações municipais.

Todas essas soluções buscam, no entanto, estabelecer ambientes colaborativos em que possa ser desenvolvida atividade negocial cooperativa. Têm como principal elemento motriz a criação de um canal de diálogo, para interação dos agentes públicos, bem como para a garantia de um efetivo *procedimento participativo dialógico*.

A regulamentação minimamente exigida, ao largo das alegações de que todos os requisitos deveriam estar previstos em legislação específica, está relacionada com a identificação dos conflitos que poderiam ser submetidos à autocomposição, a possibilidade de instituição da obrigatoriedade, as medidas adotadas caso haja descumprimento das soluções, bem como o destino dos conflitos na eventualidade de não serem submetidos ao procedimento, ao menos no âmbito administrativo (sem prejuízo da identificação do procedimento, das competências e do dever de representação).

Levando-se em consideração os principais requisitos estabelecidos para a criação das Câmaras Administrativas, que devem ser regulamentados sob o *aspecto espacial* e *instrumental,* é provável que a disponibilização de soluções remotas ou de ambientes não exclusivamente internos (i.e. compartilhados com outras instituições) não atinjam um dos principais objetivos do método: a confiança pelo consenso em ambientes com um nível de segurança e conforto aceitáveis para a práxis político-administrativa municipal.

O monitoramento de legislações municipais em construção, bem como a obtenção de dados a partir das experiências existentes e das inovações que têm sido geridas no âmbito das administrações estaduais podem fornecer respostas ao futuro da implementação de uma verdadeira cultura do consenso dentro das Administrações Públicas Municipais, reduzindo-se o quantitativo de demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17. jan./mar. 2009. p. 1-19.

_____. *Teoria dos Princípios.* 8ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA.** Belo Horizonte, a. 14, n. 155, jan. 2014, p. 31-43. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/a-administracao-publica-consensual-na-modernidade-liquida/> Acesso em: 19 de junho de 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Traduzido por Plínio Dentizien. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Traduzido por Fernando Tomaz. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “Mediação sem Mediador”. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Justiça Multiportas:** mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 715-776.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019.** Brasília: CNJ, 2020. 267p.

_____. **100 Maiores Litigantes: 2012.** Brasília: CNJ, 2012. 33p.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo.** n. 108, pp. 47-63. 1972.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 637-663.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** ano 5, n. 03, pp. 993-1023, 2019. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf.> Acesso em: 23 de abril de 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.** Curitiba/PR. n. 11, 2020. pp. 33-54.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 84, abr. 2020. pp. 209-242. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209 /43642> Acesso em: 6 de junho de 2021.

CUÉLLAR, Leila. Câmaras de autocomposição da advocacia pública e solução adequada de conflitos. **Jota: Coluna Opinião.** São Paulo: 03 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/camaras-de-autocomposicao-da-advocacia-publica-e-solucao-adequada-de-conflitos-03102020> Acesso em: 15 de junho de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação:** da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Editora Essere nel Mondo, 2017.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo - RDA**. Rio de Janeiro, v. 276, set./dez. 2017. pp. 25-46, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7299 1/71617> Acesso em: 11 de maio de 2021.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Administração Pública Social. **Revista de Investigações Constitucionais.** Curitiba, v. 4, n. 2, mai./ago. 2017. pp. 95-130. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212> Acesso em: 15 de abril de 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.** Curitiba/PR. n. 11, 2020. pp. 33-54.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo.** n. 231. 2003. pp. 129-156. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823> Acesso em: 19 de junho de 2021.
SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Processo e Ideologia:** O paradigma racionalista. 2ª Edição. Editora Saraiva, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 1ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. 192p.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Editora Método, 2008.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia.** Curitiba, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 305-324. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368> Acesso em: 28 de junho de 2021.

A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL COMO SEGURANÇA JURÍDICA PARA *STARTUPS*

Letícia Eschenazi Coelho[1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O presente estudo trata do "Direito das *startups*: propriedade industrial como segurança jurídica". O tema é importante, não só porque vai possibilitar a proteção jurídica do negócio, evitando perder a inovação para a concorrência, como também evitar processos futuros em uma inovação que já exista no mercado. A chegada do marco legal das *startups* pela Lei Complementar nº 182/2021 trouxe mudanças e segurança jurídica tanto para os investidores como para as *startups*. O objetivo é esclarecer a importância da propriedade industrial com foco na marca, patente e software, como também identificar o risco que a *startup* corre pela falta do registro da marca, registro de softwares e pela falta da concessão da patente, como também pelo ganho de valor que a *startup* tem ao ter seus ativos protegidos. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A pesquisa revelou os riscos que as *startups* correm pela falta de concessão do registro e da patente, tornando-as mais vulneráveis a futuros processos judiciais. Com a concessão da patente e/ou registro da marca ou do software, a *startup* não ganhará apenas a proteção dos seus ativos, mas ganhará também valor perante os investidores e aos clientes.

Palavras-chave: *Startups*; Propriedade Industrial; Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar a importância da propriedade industrial como segurança jurídica da *startup*. O estudo sobre o tema abrirá maiores caminhos e possibilidades na proteção jurídica do negócio, evitando perder a criação para a concorrência, e da mesma forma, evitar processos futuros em uma criação que já existia no mercado.

Neste sentido, para a Associação Brasileira de *Startups* (2017), a *startup* é sinônimo de inovação, e inovação está ligada à propriedade intelectual, que protege o objeto da criatividade. É então muito importante poder impedir cópias por terceiros sobre as criações, seja como marca, patente ou um registro de *software*.

Segundo Mota (2016, p. 72), "a maioria dessas empresas tem na inovação o seu diferencial competitivo. Por isso, proteger o chamado ativo intangível da sociedade pode significar dar ao negócio os meios necessários à sua sobrevivência no longo prazo". Desta forma, a segurança jurídica como proteção dos ativos da *startup* é de suma importância para se evitar futuros processos.

Com base na proteção, de acordo com Vieira (2017, p. 104), a preocupação em resguardar o patrimônio deve-se principalmente à mudança que vivenciamos na era industrial, em que os bens físicos e mecânicos eram considerados os de maior importância mercadológica para a era digital, ou da informação, ocasionada pela denominada revolução tecnológica, considerada como produção de conhecimento. Assim, o trabalho contribuirá para mostrar ao empreendedor as consequências jurídicas da falta de registros e patentes das suas invenções.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Economia, que reúne todos os pedidos de registro de

1. Estudante do nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Professora Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Univille. Graduada em Direito pela ACE. Atualmente é coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial da Univille.

marca, patentes, desenhos industriais, depósito de *software* em todo território brasileiro, levando em conta as demandas de alta complexidade e análises profundas (INPI, 2020).

Neste sentido, de acordo com Kafruni (2020), para conseguir a concessão de uma patente no Brasil já foram necessários 14 (quatorze) anos. Em 2020, apesar de continuar como um dos países mais atrasados, o tempo médio é de 5 e 8 anos. Neste mesmo sentido, a diretora do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, Lage (2020) esclarece que o INPI não dá conta dos pedidos por falta de pessoal para realizar o procedimento, pela falta de estrutura, de investimento e de recursos humanos.

Destarte, traz muitas incertezas por um período longo, levando o desestímulo à inovação no Brasil. Assim, com a expressiva demora para poder providenciar a proteção legal de uma marca ou patente, pode ter como consequência a cópia do produto, ou da marca por algum concorrente. Então, a inovação é o principal fator das *startups*.

Assim, o trabalho está estruturado da seguinte maneira: o primeiro tema a ser abordado será para contextualizar a diferença entre empresas tradicionais e s*tartups.* Após, irá identificar a importância da propriedade jurídica para as *startups*, para em seguida, discutir a importância dessa propriedade jurídica para as *startups*, visando os riscos que elas poderão ter sem seus ativos protegidos e o ganho de valor após a proteção.

1. EMPRESAS TRADICIONAIS E *STARTUPS*

O presente tópico abordará inicialmente *as startups*, como o contexto histórico; os variados conceitos e como diferenciar as *startups* de empresas tradicionais. Após, serão abordadas as *startups* no Brasil, como o seu crescimento, a necessidade de regularizar de forma simples com o Inova Simples e com a chegada do marco legal das *startups*. Por fim, serão abordados os investidores das *startups*, dando ênfase ao investidor-anjo e às aceleradoras, bem como as novidades que vieram com a Lei Complementar n. 182/2021 sobre os investidores.

1.1 *Startups*

Há diversas definições e conceitos para *startups,* contudo, a palavra com origem americana, traduzida tem como significado na língua portuguesa “comece” (MELLO, 2009). Segundo Gitahy (2016), o primeiro conceito foi originado nos Estados Unidos, mais especificamente no Vale do Silício, local este referente à inovação. Dantas *et al* (2020) especifica que as *startups* começaram na segunda metade do Século XX, no centro da indústria *venture, capital Silicon Valley* ou no Vale do Silício.

Blank e Dorf (2014 *apud* Gonçalves *et al*, 2019, s.p) explicam que “a s*tartup* pode ser definida como sendo uma organização temporária que busca um modelo de negócio escalável, recorrente e criativo”. Neste mesmo sentido, para Gitahy (2016) “*startup* é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócio repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza”. O Sebrae (2021) elucida ainda que esses requisitos são os que diferenciam as *startups* de uma empresa tradicional.

Gitahy (2016) esclarece que para ser repetível é necessário que o negócio seja “capaz de entregar o mesmo produto novamente em escala potencialmente ilimitada sem muita customização ou adaptação para cada cliente”, ou seja, a meta é multiplicar. Ser escalável é o crescimento cada vez mais, sem que influencie no modelo de negócio. Significa dizer que há o crescimento em receita, contudo, os custos crescem mais lentamente.

O cenário de incerteza é não poder afirmar se a ideia ou o projeto do negócio irá dar certo. A inovação refere-se ao desenvolvimento de um produto, serviço ou modelo de negócio completamente novo ou pouco explorado. A inovação precisa estar inserida na *startup* para que não seja considerada uma empresa tradicional, sendo algo que não é encontrado no mercado, tem que ser diferente e inovador (SEBRAE, 2020).

O modelo de negócio é como a *startup* vai gerar dinheiro, não sendo o foco voltado para o produto, mas no valor, ou seja, como é transformado o trabalho em dinheiro e assim, na rentabilidade. É de suma importância e deverá ser bem definido, visto que de forma lucrativa, consiga solucionar a dor do cliente. Vale lembrar que o modelo de negócio não substitui o plano de negócio, e são realizadas em etapas distintas (GITAHY, 2016).

O Sebrae (2020) ainda inclui como característica da *startup* a "organização temporária", uma vez que elas não têm como modelo de negócio estabelecido totalmente, fazendo com que sejam mais flexíveis. Logo, durante esse tempo, podem ocorrer mudanças para um funcionamento melhor, sendo como uma fase de testes, ou seja, após estar definido o modelo de negócio a *startup* passa a ser uma empresa. Neste sentido, a *startup* é apenas um tempo inicial até que seja consolidado o modelo de negócio. Por outro lado, para Graham (2012, *apud*, Dantas *et al*, 2020, p. 5), uma empresa "recém-fundada" não a faz ser uma *startup*, ou que necessariamente a *startup* precise trabalhar com a tecnologia, ou assuma financiamento de empreendimentos. O único fator essencial é o crescimento, sendo esse crescimento rápido.

De acordo com Roncaratti (2017) existem algumas fases de maturação que a *startup* precisa passar. As etapas são nomeadas de diferentes formas, porém, divididas em quatro fases.

A primeira fase é da ideia/fase de concepção/pré-semente. É a fase que identifica a oportunidade na necessidade e que ainda não é atendida, e assim, idealizam uma solução e decidem se envolver na atividade. Depois vem a segunda fase, podendo ser chamada de gestação/semente, quando já é avaliado o mercado e assim é desenvolvido o modelo de negócio e verificam quais recursos serão necessários para executá-lo.

A terceira fase, segundo Paiva *et al* (2018), é quando há o nascimento e a validação. Ou seja, quando há a confirmação no mercado e a opinião dos consumidores. Assim, o modelo de negócio poderá sofrer adaptações. A quarta e última fase, é o crescimento ou morte. Com o resultado da terceira fase é visto se realmente a *startup* tem potencial de crescimento, estabelecendo se poderá continuar ou se ocorrerá o encerramento. Nesta fase, ocorrerão mudanças para que as estratégias sejam alinhadas ao mercado. Roncaratti (2017) complementa que é a fase de expansão, visto que a produção é aumentada, tornando-se escalável.

Segundo a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI (2018), as *startups* acabam tendo limitações tanto nos recursos tangíveis, como nos recursos intangíveis, dificultando o processo de inovação, contudo, as *startups* garantem grandes ideias, com agilidade. Têm um crescimento rápido e conseguem soluções e flexibilidade no modelo de negócio, tendo maior disponibilidade de aceitar riscos, grande característica das *startups*. Diferente das grandes empresas que possuem recursos; processos adequados para operar em escala; poder e rotina para desenvolver negócios já estabelecidos, sentem falta da habilidade e flexibilidade que as *startups* têm em um cenário de grandes incertezas.

1.2 *Startups* no Brasil

Segundo Pardigno (2018) com os números de *startups* crescendo no Brasil foi necessário ser regulamentado pela legislação para seguir um regime jurídico e estarem amparadas em instrumentos contratuais estruturados, não levando em conta apenas viabilidade do novo negócio em relação à inovação e geração de valor, mas na constituição, funcionamento e expansão das atividades. Com isso, em 2019 foi sancionada a Lei Complementar n. 167, promovendo algumas alterações na Lei Complementar n. 123/2006. A LC n.167 foi responsável por instituir o "Inova Simples", buscando assegurar uma maior facilidade na abertura e formalização para iniciativas empresariais que se autodeclaram como *startups* ou empresas de inovação de novas *startups*. Nos parágrafos do art. 65-A, está caracterizado a *startup*:

> § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva.
> § 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita.

Com a LC n. 167 no art. 65-A, §3º, foi criada ainda um tratamento diferenciado para abertura e fechamento das empresas que estarão no regime do Inova Simples, de modo simples e automático," no mesmo ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim)". Sobre o processo de abertura, a *startup* não precisa passar por todas as etapas normais de registro de empresa, como por exemplo o registro em Junta Comercial, necessitando o preenchimento de um cadastro básico no que se refere no §4 do art. 65-A. Após o preenchimento correto do cadastro, segundo o §5, do mesmo artigo: "será gerado automaticamente número de CNPJ específico, em nome da denominação da empresa Inova Simples, em código próprio Inova Simples". Após o §6 esclarece que a empresa deverá abrir uma conta bancária para fins de captação de recursos e integralização de capital. Nos dois parágrafos seguintes esclarece sobre o registro de marca e patente:

> § 7º No portal da Redesim, no espaço destinado ao preenchimento de dados do Inova Simples, deverá ser criado campo ou ícone para comunicação automática ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do conteúdo inventivo do escopo da iniciativa empresarial, se houver, para fins de registro de marcas e patentes, sem prejuízo de o titular providenciar os registros de propriedade intelectual e industrial diretamente, de moto próprio, no INPI.
> § 8º O INPI deverá criar mecanismo que concatene desde a recepção dos dados ao processamento sumário das solicitações de marcas e patentes de empresas Inova Simples.

Desta forma, podendo ser solicitado pela *startup* para ter o procedimento facilitado. Por fim, o §10 estabelece que será permitida à *startup* "a comercialização experimental do serviço ou produto até o limite fixado para o MEI nesta Lei Complementar". Para Rogério Peres (2019) Presidente da Comissão de Estudos de Legislação de *Startups* da OAB/SP em Campinas, a Lei Complementar define o conceito de *startup* sob um ponto de vista de política pública. Em outras palavras, com a nova legislação, os números de *startups* no Brasil vêm aumentando, movimentando mais a economia do país e incentivando os novos produtores de inovação a serem donos do seu próprio negócio.

Vendo a necessidade de outros pontos que não estavam regularizados pela legislação brasileira, foi sancionado em 1º de junho de 2021, pelo atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, a Lei Complementar n. 182/2021, que institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador, a Lei Complementar traz medidas de estímulo à empresas de inovação e incentivos para empresas que investirem nelas. De acordo com o portal de notícias do Senado (2021), o marco será de grande importância, visto que cada vez mais o Brasil está buscando formas de se adequar a novas formas de empreender. A LC n. 182/2021 trouxe um novo conceito para *startups*:

> Art. 4º São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados.

Com o novo conceito de *startups*, a Lei Complementar revoga os parágrafos §1º e §2º do art. 65-A, da lei complementar 123/2006. Além de estabelecer um novo conceito para *startup*, no §1 do art. 4, passa a exigir para o enquadramento na modalidade de tratamento especial destinada ao desenvolvimento de *startups*, o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples:

> 1.2.1 - com receita bruta de até R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) no ano- calendário anterior ou de R$ 1.333.334,00 (um milhão, trezentos e trinta e três mil trezentos e trinta e quatro reais) multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, independentemente da forma societária adotada;
> 1.2.2 - com até 10 (dez) anos de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia; e
> 1.2.3 - que atendam a um dos seguintes requisitos, no mínimo:
> • declaração em seu ato constitutivo ou alterador e utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, nos termos do inciso IV do caput do art. 2º da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; ou
> • enquadramento no regime especial Inova Simples, nos termos do art. 65-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

O Marco Legal das *startups* também cria a possibilidade de licitação especial para contratação de *startups*. Cria critérios facilitadores para criação de empresas de sociedade anônima de menor porte entre outras criações que trarão grandes mudanças (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

No Brasil, em 2012 segundo Associação Brasileira de *Startup* (2019 *apud,* Paiva *et al.* 2019), cerca de três mil ideias criativas foram registradas em todo o país. No mesmo ano, segundo a matéria da Revista Galileu vinculada à Globo (2013), São Paulo apareceu como a 13ª melhor região do mundo para se empreender, liderando assim, as cidades latino-americanas no *ranking.* Algumas *startups* no Brasil estão dando tão certo que estão sendo classificadas como “unicórnios”, ou seja, aquelas que possuem o valor de mercado de US$ 1 bilhão, antes de serem abertas na bolsa de valores. O primeiro caso foi a *startup* 99, antiga 99Taxi, e depois veio a *Nubank*. Existem grandes apostas para novas *startups* brasileiras entrarem na classificação como unicórnios.

1.3 Os investidores das *startups*

Segundo o Sebrae (2020), é por causa do ambiente de incerteza que as *startups* acabam necessitando de investimento para poder impulsionar e fixar o desenvolvimento

do produto ou serviço, dependendo do estágio em que a *startup* estiver terá um investimento de Capital Empreendedor diferente.

Com a Lei Complementar n. 182/2021 que instituiu o marco legal das *startups,* traz no art. 5º da lei, a regulamentação sobre os investidores. Regulariza que "*startups* poderão admitir aporte de capital por pessoa física ou jurídica, que poderá resultar ou não em participação no capital social da *startup,* a depender da modalidade de investimento escolhida pelas partes". Ou seja, as *startups* poderão ter o dinheiro dos investidores sem que eles participem necessariamente do capital social, como também na direção e no poder decisório das startups. O parágrafo 1 do art. 5 da lei traz as formas em que o investidor não será considerado como integrante do capital social da empresa. A contribuição será realizada na *startup* por meio dos seguintes instrumentos:

> a) contrato de opção de subscrição de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e a empresa;
> b) contrato de opção de compra de ações ou de quotas celebrado entre o investidor e os acionistas ou sócios da empresa;
> c) debênture conversível emitida pela empresa nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
> d) contrato de mútuo conversível em participação societária celebrado entre o investidor e a empresa;
> e) estruturação de sociedade em conta de participação celebrada entre o investidor e a empresa;
> f) contrato de investimento-anjo na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006;
> g) outros instrumentos de aporte de capital em que o investidor, pessoa física ou jurídica, não integre formalmente o quadro de sócios da startup e/ou não tenha subscrito qualquer participação representativa do capital social da empresa.

Segundo o site de notícias da Câmara dos deputados (2021), o relator Deputado Vinicius Poit especificou, a fim de dar segurança jurídica aos investidores, que eles "não responderão por qualquer dívida da empresa nem com os próprios bens (desconsideração da personalidade jurídica), exceto em casos de dolo, fraude ou simulação de investimento".

Existem, conforme explicado anteriormente, fases do negócio e diferentes formas e tipos de investidores na qual é realizada, dependendo da fase que o negócio se encontra. As formas de investidores mais conhecidas são as aceleradoras e investidores anjo, como também existem outras formas como fundo de investimento, *equity crowdfunding*, incubadoras entre outras (SEBRAE, 2019). Serão abordados neste trabalho os investidores anjo e aceleradoras.

O investidor anjo atua quando a *startup* está na fase inicial, sendo regulamentado pela Lei Complementar n. 155/2016, na qual o art. 64-A, *caput*, define com intuito de "incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte". Ressalta-se que consideram microempresa ou empresa de pequeno porte, segundo a Lei Complementar n. 123/2006, sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada ou empresário individual e em casos de microempresa, receita bruta igual ou inferior R$ 360 mil, e no caso de pequeno porte, receita bruta superior R$ 360 mil e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00. A empresa poderá ainda receber do investidor anjo o aporte de capital, sem que faça parte do capital social da empresa. O investidor anjo não será responsabilizado como um sócio, como também não responderá

por dívidas da empresa, até mesmo em recuperação judicial. Segundo a organização Anjos do Brasil (2016, p. 8) o investimento-anjo:

> [...] é aquele que é feito em geral por pessoas físicas, que dispõem de parte de seu patrimônio para investir em empresas em estágio inicial, que possua, ou não, uma operação, mas com potencial expressivo de crescimento e inovação. Geralmente são pessoas com experiência que contribuem não só financeiramente, mas também agregam valor ao empreendimento por meio de sua experiência. Investidores anjo adquirem uma participação, em geral, minoritária e, não assumem uma posição executiva na empresa.

A Lei Complementar n. 182/2021 traz ainda no art. 2, inciso I, o conceito para os efeitos da lei sendo o "investidor-anjo: investidor que não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, não responde por qualquer obrigação da empresa e é remunerado por seus aportes".

Ibrahim (2008, *apud*, Peteffi, 2020) explica que como os investidores anjo investem com o próprio capital, normalmente por razões pessoais e com um intuito de contribuir para o desenvolvimento para o todo, assim, os anjos têm menos limitações e exigências do que as aceleradoras, que têm como foco financeiros gerar retorno aos investidores. Outro investidor são as aceleradoras, atuantes também na fase inicial das *startups*.

As aceleradoras são empresas de investimento de risco que apoiam e investem recursos e serviços, em *startups* escaláveis, e em troca tornam-se sócias do negócio, ou seja, elas investem recursos, próprios ou de terceiros, em empresas em estágio inicial. Ela proporcionará à *startup* além de recursos, também infraestrutura, mentoria com profissionais, consultoria, entre outros. As *startups* têm negócios acelerados, escaláveis, desta forma precisam de um grande volume de capital para se desenvolverem. Assim, as aceleradoras têm também o objetivo de se juntarem a fundos de investimentos e com outros investidores (SEBRAE, 2019).

2. DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL PARA AS *STARTUPS*

O presente tópico abordará inicialmente o conceito de propriedade industrial, após serão abordados a marca, patente e software, como: finalidade, conceito e forma de conseguir a concessão junto ao INPI.

2.1 Propriedade industrial

Sobre o tema, Luz (2020, p. 314) esclarece que a propriedade industrial é um "direito decorrente da produção intelectual direcionada à criação de produtos ou mecanismos que sejam de interesse social e visam o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", ou seja, a propriedade industrial é um direito decorrente da propriedade intelectual. Compreendendo de acordo com os incisos da Lei n. 9.279/96 a:

> I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial;
> II - concessão de registro de marca;
> III - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

A Lei n. 9.279/96, ainda, regulamenta o direito da propriedade, como também, o registro das marcas e da concessão da patente junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Segundo Barbosa (2010, *apud* Gonçalves, 2019, s.p), "A propriedade

Intelectual está dividida em algumas subáreas, das quais se destacam o Direito Autoral; o Direito da Propriedade Industrial e o Direito dos Programas de Computador". Nesse contexto, fica claro que a Propriedade Intelectual é dividida e nesta divisão está a Propriedade Industrial.

2.2 Marca

De acordo com Maurício Lopes de Oliveira (2003, *apud*, Tomazette, 2019, p. 169), a marca tem duas funções: distintiva e de indicação. A marca tem que ser um sinal com poder de ser distinguindo visualmente, servindo principalmente para indicar ao consumidor a origem do serviço ou produto. O autor pontua não necessariamente com a indicação concreta do fabricante. "As marcas não necessariamente indicam a qualidade do produto ou serviço, mas indicam sua proveniência, que serve de referencial para o consumidor no que diz respeito à qualidade". Para o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2020) marca:

> é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas. A marca registrada garante ao seu proprietário o direito de uso exclusivo no território nacional em seu ramo de atividade econômica. Ao mesmo tempo, sua percepção pelo consumidor pode resultar em agregação de valor aos produtos ou serviços.

À luz da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/96, só podem ser registráveis como marca, sinais visuais, não sendo abrangido pela lei os sinais sonoros, gustativos e olfativos. O processo de pedido de registro de marcas é dividido em duas etapas junto ao INPI, Braga *et al*. (2018) esclarece que a primeira etapa é para obedecer ao requisito de disponibilidade, com intuito de verificar o registro anterior da marca pretendida. Já na segunda etapa ocorrerá o pagamento das taxas relativas ao processo de concessão, junto com o peticionamento para análise do pedido de registro. Assim, após o deferimento do pedido, será necessário o pagamento da taxa relativa ao primeiro período de concessão, sendo de 10 (dez) anos. Caso queira a renovação, o titular deverá solicitar no último ano de cada ciclo.

Cabe ressaltar que o prazo começa a vigorar a partir da data da concessão da propriedade. Ainda, há possibilidade de fazer o registro internacional da marca. De acordo com Gonçalves *et al.* (2019) "O Brasil passou a fazer parte do Protocolo de Madri no ano de 2019. Esse, se refere a um tratado Internacional que busca simplificar o registro internacional de marcas". Assim, a Agência Senado (2019, *apud*, Gonçalves, 2019:

> Habilita as empresas e pessoas físicas de um país-membro a solicitarem, através da Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI), ligada à ONU, o registro de uma marca já pedida ou registrada no seu país de origem.

Desta forma, as empresas que quiserem fazer o registro de sua marca em outro país terão maior facilidade, podendo ainda ser feito pelo sistema nacional do INPI. Assim, a marca é muito importante para o empresário que visa atrair clientes e ao mesmo tempo quer que eles diferenciem o produto ou até mesmo o serviço dos concorrentes do mesmo mercado.

2.3 Patente

De acordo com Gonçalves *et al*. (2019) a patente “é um privilégio temporário de exploração exclusiva de determinada invenção, concedido pelo Estado, em troca publicização do conhecimento”. Tem o intuito estimular que mais invenções sejam patenteadas e consequentemente esse conhecimento, após o prazo de proteção, entre em domínio público. Patente para o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2020, s.p) é:

> Um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores e outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação, com este direito, o inventor ou o detentor da patente tem o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patenteado. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo conteúdo técnico da matéria protegida pela patente.

A Lei n. 9.279/1996, estabelece que para ser patenteável a invenção necessita conter alguns requisitos, sendo eles: a) novidade; b) atividade inventiva; e, c) aplicação industrial. Caso falte qualquer um dos requisitos, não será concedida a patente pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, órgão responsável pela concessão e por resguardar os pedidos.

Sobre “novidade”, Braga *et al. (*2018, p. 67) esclarece ser um objeto da pesquisa que precisa ser novo, não podendo ter sido divulgado previamente, seja por via oral, escrita ou por meio do seu uso. Ou seja, a invenção, de nenhuma forma, no todo ou em parte, pode ser de conhecimento público no momento do depósito, não podendo possuir outra igual, para então ser considerada nova.

Já em relação à atividade inventiva, Braga *et al*. (2018) traz a seguinte explicação de que a invenção não pode ter resultado óbvio, facilmente decifrado por um técnico, não podendo ser o resultado apenas de uma combinação de fatores, sem que tenha um efeito novo e inesperado. No que tange a aplicação industrial, Braga *et al.* (2018, p. 68) “a invenção deve ser produzida e seriada em escala industrial em qualquer meio produtivo [...] a produção da invenção deve ser passível e possível de ser reproduzida em série, de forma igual.”

Após os requisitos, deve-se qualificar a invenção em uma das três categorias sendo elas classificadas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2020) como: Patente de invenção (PI); Patente de Modelo de Utilidade (MU); e Certificado de Adição de Invenção (c). O primeiro classificado tem o maior prazo de validade, de 20 (vinte) anos, sendo destacado por produtos ou processos revolucionários que apresentam uma solução inédita para um problema técnico que existia. Sobre a Patente de Modelo de Utilidade, o Instituto esclarece que o prazo de validade é 15 (quinze) anos a partir da data de depósito, e deve ser o objeto de uso prático, ou seja, deve resultar em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

2.4 Software

O programa de computador, ou como também é conhecido o *software,* é protegido pela Lei de Direito Autoral n. 9.610/1998, e de forma subsidiária com a Lei de *Software* n. 9.609/98. Gonçalves *et al* (2019, s.p) entende que a proteção dos programas de computador fica no “limbo jurídico”, pois é adotado a Lei n. 9279/96 de Propriedade Industrial como da Lei de Direito de autor. “Isso significa que a proteção do Software se dá

tanto por meio de um registro no INPI (o qual é opcional nesse caso), quanto por meio comprovação de anterioridade, sendo ele protegido desde sua criação".

Mesmo não fazendo de fato parte da Propriedade Industrial, o *software* é de suma importância para as *startups*, sendo muito utilizado, além de ter a possibilidade do registro junto ao INPI. A definição de *softwares*, ou programas de computador, é realizado pela pelo artigo 1 da Lei n. 9.609/98:

> [...] expressão de um conjunto organizado de instrução em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Em linhas gerais, o registro de programa de computador junto ao INPI é uma forma de garantir sua propriedade e obter segurança jurídica necessária, visando a proteção do ativo de negócio. Contudo, para Vieira (2017, p. 104) "uma marca ou um *software* tem um potencial de ser muito mais rentável que um produto físico. Por isso, cuidar da proteção dos bens de sua *startup* é um passo importante no amadurecimento jurídico da sua empresa".

Segundo o próprio site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2020) o registro de *software* é rápido com prazo médio inferior a 7 (sete) dias. Levando-se em conta o tempo e a possibilidade de poder ser cadastrado para o registro *on-line*, verifica-se a facilidade dessa segurança. Neste mesmo sentido, o registro do programa de computador tem abrangência internacional dos 175 países signatários da Convenção de Berna (1886).

Ainda é recomendado pelo INPI (2020) que o programa de computador esteja suficientemente finalizado para seu pedido de registro ser depositado, sendo então garantida a máxima extensão possível para a proteção do código-fonte.

3. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL PARA AS *STARTUPS*

Mesmo com as *startups* em grande crescimento, muitas delas não buscam proteção junto ao INPI, com o registro da marca e a concessão da patente. Foi feito um estudo pelo INPI sobre o uso do sistema de propriedade industrial pelas *startups* até maio de 2019. O levantamento foi feito com as 2.478 *startups* cadastradas na Associação Brasileira de *Startup* (ABStartup) no Radar Tecnológico. Dessas *startups* cadastradas, apenas 42% utilizaram a Propriedade Industrial de alguma forma. Segundo a pesquisa, o registro de marca foi o mais utilizado por 973 *startups* que *re*gistraram 2.810 marcas*, das* 64 *startup*s que tinham programa de computador fizeram apenas 98 registros e 48 *startups* buscaram 68 depósitos de patentes (INPI, 2019).

O número é ainda muito inferior para ativos tão importantes para as *startups. M*uitas vantagens, como a proteção dos ativos, são ignoradas pelos detentores da inovação. O INPI (2019, s.p) informa que um dos motivos pode ser pelo desconhecimento total ou parcial do sistema de Propriedade Industrial e de seus benefícios. "Outro motivo pode ser a dificuldade de obter recursos para efetuar a proteção, já que se trata de empresas nascentes com recursos iniciais escassos". Sendo necessário maior divulgação sobre os benefícios da proteção e os riscos que podem trazer a falta de proteção.

Neste sentido, para Souza *et al* (2020) as *startups* necessitam de proteção e cuidado. Mesmo com os esforços para conseguir alcançar resultados ficam expostos no mercado competitivo e com a utilização da proteção da patente por exemplo, conseguem vantagem competitiva, impedindo até mesmo cópias e atrair investimento. Então, segundo Barbosa (2003, *apud*, Ornellas, 2019) com a proteção os ativos, tornam-se propriedade exclusiva, mesmo que por uma tempo limitado. Silva *et al* (2016, *apud*, Ornellas, 2016) com o registro e patente protegidos as *startups* conseguem maior visibilidade para os investidores, corretores do mercado de ações e consultores financeiros, pois estão cada vez mais procurando por *startups* com ativos protegidos.

De acordo com Gonçalves *et al.* (2019) a importância da obtenção do registro da marca é pelo fato de ter uma identidade visual chamativa e cativante, sendo essencial para que o público possa encontrar o que procura e consiga se diferenciar dos concorrentes no mercado. Neste sentindo, Jungmann (2010, p. 57) esclarece que "a Lei de Propriedade Industrial permite que uma pessoa ou uma empresa obtenha a propriedade de uma marca a fim de evitar a presença, no mercado, de marcas idênticas ou semelhantes que possam confundir o consumidor quanto à origem de um produto ou serviço".

Para o Instituto Nacional de Proteção Industrial (2020), mesmo que não seja obrigatório o registro de *software* junto ao INPI, é fundamental o registro para comprovar a autoria de seu desenvolvimento perante o Poder Judiciário, podendo ser muito útil em casos de processos relativos à concorrência desleal, cópias não autorizadas, pirataria etc., garantindo, assim, maior segurança jurídica ao seu detentor para proteger o seu ativo de negócio. O presente tópico abordará sobre os riscos que se têm pela falta de proteção e o ganho de valor com a proteção.

3.1 Os riscos que as *startups* correm pela falta da concessão do registro e patente

O registro da marca é de suma importância para que a empresa ou pessoa física tenha o poder exclusivo sobre ela. Como visto anteriormente, a marca identifica visualmente os produtos ou serviços, sendo muito importantes para aqueles que querem atrair clientes de forma visual e fazer com que eles reconheçam a qualidade, sendo então um fator importante para o *marketing* (SEBRAE, 2013). A Relatora Ministra Nancy Andright no recurso especial (n. 1.032.104 – RS) esclareceu sobre a finalidade da proteção do uso da marca:

> É dupla: por um lado, protegê-la contra a usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4º, VI, do CDC). No tocante a esse último aspecto, o que se vê é que a marca confere uma imagem aos produtos e serviços prestados pelo empresário, agregando, com o tempo, elementos para a aferição da origem do produto e do serviço.

Um dos riscos de a marca não ser registrada é a possibilidade de outra pessoa registrar primeiro. Assim, Bellé e Cadore (2019, p. 169) destacam que "o uso não autorizado de determinada marca pode ocasionar diversos problemas na empresa, dentre eles processos judiciais que consequentemente levam multas e indenizações e, por fim, a obrigatoriedade de mudança no nome da empresa". Neste sentido, Tomazatte (2019, p. 193) explica:

> A proteção estatal prevista e descrita na Lei n. 9.279/96 aos titulares do registro de marca procura, ainda, facilitar a defesa do símbolo marcário, por meio de várias

> prerrogativas nesse sentido, dentre elas a facilitação do pedido de indenização por eventuais danos materiais decorrentes da contrafação.

Nesta linha, o uso não autorizado é denominado ato de contrafação, dispensando ainda que seja provada a existência de danos morais, sendo eles presumidos apenas pela circunstância da marca ter sido contrafeita (TOMAZETTE, 2019, p. 193). Contrafação é um delito tipificado nos incisos I e II do art. 189 da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/96 no qual há a reprodução, “sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão ou altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado”. A pena é detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Na matéria da Revista Globo sobre Pequenas Empresas & Grandes Negócios (2017) Cristiano Timbó, coordenador de marcas do INPI, afirma: "Quem não faz o registro no INPI corre o risco de perder a marca escolhida para a concorrência”. Segundo Bellé e Cadore (2019, p. 170) “os prejuízos em não registrar uma marca podem ser incalculáveis e irreparáveis, já que a empresa corre o risco de perder o uso de nome, podendo impedir o progresso e o sucesso de um negócio”. Pode perder o direito de uso da marca, prejudicando a imagem da empresa perante seus clientes.

A proteção do *software* pode ser feita tanto por registro no INPI, de forma opcional, como por meio de comprovação de anterioridade, e sua proteção se inicia desde a criação (GONÇALVES *et al*. 2019). Assim, o registro do programa de computador serve como forma de comprovação de autoria.

Desta forma, é muito importante que tenha a proteção do código fonte do programa de computador em questão. Como visto anteriormente, o registro do programa de computador protege contra cópias literais do código fonte, contudo, o conceito do sistema não fica protegido pelo registro e não impede a evolução, desde que o código fonte seja distinto do original. Assim, o registro do programa de computador é um instrumento jurídico que assegura ao seu titular caso tenha a necessidade de comprovar a titularidade do programa, do contrário, pode encontrar maiores dificuldades para a comprovação e pode levar até mesmo a perder a titularidade (GONÇALVES *et al*. 2019). Para o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (2020):

> O registro de programa de computador no INPI é a forma de garantir sua propriedade e obter a segurança jurídica necessária de modo a proteger o seu ativo de negócio, inclusive, por exemplo, no caso de uma demanda judicial para comprovar a autoria ou titularidade do programa.

Nesta mesma linha de pensamento, Vieira (2017, p. 104) esclarece que “uma marca ou um *software* tem um potencial de ser muito mais rentável que um produto físico. Por isso, cuidar da proteção dos bens de sua *startup* é um passo importante no amadurecimento jurídico da sua empresa. Para o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2020) ter a patente de um produto:

> Significa ter o direito de impedir terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar, sem o seu consentimento, (i) o produto objeto de patente ou (ii) processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. O titular da patente poderá conceder licença de sua patente a terceiros, mediante remuneração ou não.

Um dos riscos é a cópia que o produto poderá sofrer caso não seja patenteado, podendo tornar- se público deixando de ser invenção e perdendo a possibilidade de se

patentear. Conforme visto anteriormente, a patente garante proteção perante terceiros, além da licença poder ser concedida de

forma onerosa à terceiros. O artigo 183 da Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/96 prevê como delito (I) fabricar produto que seja objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou (II) usar meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular. Tendo pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Outro delito descrito na Lei de Propriedade Industrial está no artigo subsequente e prevê:

> Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa

A patente por tratar de invenção ou modelo de utilidade, é uma inovação, segundo Portilho e Sant'Anna (2018, *apud* SOUZA *et al,* 2020, p. 5) há uma corrida por patentes:

> Isso porque seguindo tal linha de raciocínio pode-se afirmar que somente o primeiro a concluir o desenvolvimento de uma nova solução técnica e requerer proteção junto aos órgãos competentes é que poderia obter uma patente e explorar a invenção, de maneira que os outros competidores teriam simplesmente desperdiçado recursos escassos com suas pesquisas.

Em linhas gerais, a proteção de uma patente para *startups,* é de suma importância, visto que o empreendedor poderá explorar a sua invenção, sem ter riscos de eventuais utilizações indevidas.

3.2 O ganho de valor para *startups* ao registrar ou patentear

Anteriormente viu-se sobre os investidores das *startups* e a importância deles, podendo esses investidores ser: um banco; uma instituição financeira; um capitalista de risco ou investidor anjo. De acordo com Blaxill (2010, *apud*, Ornellas, 2019), os investidores ao se interessarem pelas *startups*, levarão em conta tanto se o produto ou serviço é realmente inovador como também se estão protegidos pela propriedade industrial, por uma patente ou até mesmo se a marca está registrada. São fatores necessários para que os investidores tenham maior credibilidade nas *startups* investidas, uma vez que a *startups* estará mais protegida.

Além de atrair investidores, a *startup* terá um ganho na confiança de seus clientes em relação ao produto ou serviço, porque ao registrar podem, segundo Barbosa (2003, *apud*, Ornelass, 2019, p. 55), "[...] de várias maneiras, ser a face do negócio, possuindo funções

mercadológicas que podem auxiliar os consumidores na decisão da compra", sendo então um ponto estratégico da *startup*, permitindo assim, gerar maior destaque no mercado.

Ornellas (2019) afirma que a proteção normalmente serve como um bom indicador das *startups* para ganhar maior aceitação no mercado em que estão introduzidas, pois a proteção está ligada intimamente com a produção criativa ou inovação relacionadas aos

serviços ou produtos que a empresa planeja comercializar, assegurando uma exclusividade e uma maior participação de mercado caso o produto ou serviço seja exitoso entre os consumidores.

Desta forma, Blaxill (2010*, apud,* Ornellas, 2019) explica que o empreendedor da *startup* não deve pensar que com o registro ou patente terá apenas o ganho do bem legal mas terá também como instrumento financeiro, pois com os ativos protegidos podem ainda ter seus argumentos fortalecidos para obter financiamento.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A escolha do tema partiu de uma aula sobre Propriedade Industrial e Propriedade Intelectual na matéria de Direito Empresarial no sexto semestre, surgindo assim a curiosidade sobre o tema em questão. Já sobre *startup*, a curiosidade foi despertada por um trabalho inicial que foi se desdobrando em mais interesse e pesquisas.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Sampieri *et al.* (2013, p.30), a abordagem qualitativa "se fundamenta em uma perspectiva interpretativa centrada no entendimento do significado das ações de seres vivos, principalmente dos humanos e suas instituições (busca interpretar aquilo que vai captando ativamente)." A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte, do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. De acordo com Longo (2013) deve se considerar a pesquisa qualitativa como um recorte social da própria realidade e assim, poder estudar a interferência da ciência do Direito em fenômenos específicos. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Assim, para Boccato (2006, *apud,* Pizzani *et al.* 2012, p. 54) a pesquisa bibliográfica tem como objetivo a resolução de um problema, hipótese, por meio de referências teóricos publicados, trazendo subsídios para o conhecimento sobre o que foi pesquisado.

O método foi dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos particulares, sendo apresentados primeiro os argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais (MEZZAROBA e MONTEIRO, 2018). O texto, portanto, busca uma construção lógica a partir de uma premissa maior e mais genérica e uma menor e mais específica, para chegar a um resultado necessário que é a conclusão.

A pesquisa foi explicativa, pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Segundo Andrade (2012, p. 112) é um tipo de pesquisa mais complexo e "tem por objetivo aprofundar o conhecimento da realidade, procurando a razão, o "porquê" das coisas". A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado foi possível compreender a diferença entre uma empresa tradicional de uma *startup*, ou seja, *startups* são empreendimentos que tenham como modelo de negócio repetível e escalável, de inovação, em um cenário de extrema

incerteza. Com o crescimento das *startups* no Brasil, veio a necessidade de uma lei para regulamentar. Em 2019, foi sancionada a Lei Complementar n. 167/2019, na qual trouxe o Inova Simples, ou seja, o tratamento mais simplificado para as empresas que desenvolvem a inovação em cenários de incerteza. A Lei Complementar ainda trouxe uma definição para startups, além de instituir um exame de patente e registro de marca de forma prioritária. Com a sanção da Lei Complementar

n. 182/2021, que instituiu o marco legal das *startups*, muitas possibilidades envolvendo a inovação irão abrir e as *startups* ganharão mais espaço. O marco legal trará uma nova definição para *startup*, assuntos como investidores, possibilidade de concorrer em licitações entre outros estão previstas na nova Lei Complementar. Foi possível compreender sobre os investidores, principalmente sobre os investidores-anjos e sobre as aceleradoras.

Posteriormente, foi abordado a questão de a propriedade industrial para as *startup*s, como o registro da marca, software e a concessão da patente, feitos juntos ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. A propriedade industrial está regulamentada pela Lei n. 9.279/1996 e vem de incentivos para que o inventor continue criando e inovando. Caso contrário, poderia haver muitas cópias daquilo que foi inventado e o inventor não teria nenhuma proteção. Vem a ser então, uma maneira de proteção, permitindo assim, que o criador estabeleça barreiras para que outros concorrentes não utilizem algo que já tenha sido inventado por ele.

Logo, discutiu-se a importância da propriedade industrial para as *startups*, indicando os riscos que as *startups* correm pela falta de concessão do registro e da patente. Esses riscos as tornam mais vulneráveis a futuros processos judiciais por uso de uma marca já registrada, tendo como consequências a troca da marca e até mesmo a perda do projeto da invenção em relação à patente. Com a concessão da patente e/ou o registro da marca ou do software, a *startup* não ganhará apenas a proteção dos seus ativos, mas ganhará também valor perante os investidores e aos clientes.

Diante do exposto, apurou-se a necessidade da informação sobre a importância da propriedade industrial para empresas inovadoras e os riscos aos quais os ativos ficam vulneráveis. A propriedade industrial deve estar à frente quando se tem em mente o início de uma *startup*. Diante disso, verifica-se a necessidade de a informação chegar aos empreendedores das *startups*, a fim de que possam proteger seus ativos e futuros processos judiciais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico**. 10 Ed. São Paulo: Grupo Gen, 2012. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478392/. Acesso em: 1 nov. 2020.

ANJOS DO BRASIL. **Guia de investimento anjo & documentos legais**. Guia de investimento 2016. v.2. Disponível em: http://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/guia_investimento_anjo_v2.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE STARTUPS. Inova. **Qual a importância da propriedade intelectual para uma startup? - Abstartups**. Disponível em:

https://abstartups.com.br/qual- importancia-da-propriedade-intelectual-para-uma-startup . Acesso em: 14 Nov. 2020.

BELLÉ, Leonecir Andrade; CADORE, Charleston**.** Riscos e vantagens do registro de marca: estudo em uma empresa do agronegócio no sudoeste do Paraná. **Revista Panorâmica**, v. 27, p. 161-178, 2019. ISSN 2238-9210. Disponível em: oca.ufmt.br. pdf. Acesso em: 2 abr. 2021

BRAGA. Cristiano Prestes *et al*. **Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023239/. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Instituto Nacional da Propriedade Industrial**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br. Acesso em: 20 set.2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Instituto Nacional da Propriedade Industrial**: Radar Tecnológico, uso do sistema de propriedade industrial pelas startups. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/documentos/radar- tecnologico/rt-20-2019-estendida.pdf/view . Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL, **Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.** Estudo de Experiência nacionais e internacionais de fomento à inovação aberta - ABDI. 2018. Disponível em: http://inteligencia.abdi.com.br/wp-content/uploads/2017/08/2018-08-27_ABDI_relatorio_4- 2_estudo-de-experiencias-nacionais-e-internacionais-de-fomento-a-inovacao- aberta_WEB.pdf. Acesso em: 19 de abr. de 2021

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 9.609,** de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp167.htm Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar n.º 182, de 1 de junho de 2021**. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp182.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

CASTRO, Emerson Luiz de; LAGE, Lorena Muniz e Castro. **A influência das startups no direito:** importância de repensar a atuação dos profissionais do Direito. Cidade não indicada, 2019. Disponível em: http://www.novomilenio.br/Revista/wp-content/uploads/2019/10/O- Direito-e-as-Startups-Emerson-Castro-e-Lorena-Lage.pdf . Acesso em: 27 agost. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova marco legal das startups.** Câmara dos Deputados notícias, 11 maio 2021, https://www.camara.leg.br/noticias/757768-camara-aprova-marco-legal-das-startups/. Acesso em 29 maio 2021.

DANTAS, Matheus Augusto Silva, *et al.* Startups e o direito fundamental ao desenvolvimento. **Direito Caderno de Graduação**, vol. 6, n. 1, 2020, p. 177-196. Periódicos. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/7961/3837. Acesso 22 abril 2021.

GITAHY, Yuri. Afinal, o que é uma startup?. **Exame**, 3 de fev. 2016. Disponível em: https://exame.com/pme/o-que-e-uma-startup. Acesso em 18 abr. 2021;

GONÇALVES, Lukas R. *et al*. **Startups**: aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Edição Kiddle, ISBN 978-85-519-1703-9.

JUNGMANN, Diana de Mello *et al*. **Inovação e propriedade intelectual:** guia para docente. Brasília: SENAI, 2010. ISBN 978-85-7519-389-1. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt- br/composicao/arquivos/guia_docente_iel-senai-e-inpi.pdf Acesso em: 11 abr. 2021.

KAFRUNI, Simone. **INPI**: tempo médio para registrar patente no Brasil é de 5,8 anos. Estado de Minas. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/08/31/interna_nacional,1180975/inpi-tempo-medio-para-registrar-patente-no-brasil-e-de-5-8-anos.shtml . Acesso em: 16 nov. 2020.

KRIEGER, Marcelo de Athayde Furtado. Autoria e Proteção Legal dos Softwares à Luz da Legislação Brasileira. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**. v. 14, n. 28, p. 93-123, 2010. ISSN 1982- 4858. Disponível em: https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/2408/1565 . Acesso em: 10 abr. 2021.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário Jurídico,** 3 ed. Barueri: Editora Manole, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520464472/. Acesso em 20 de set. de 2020.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico**: português - inglês - inglês - português. 9 ed., São Paulo: Método, 2009. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5591-5/cfi/5!/4/4@0.00:38.1. Acesso em: 18. abr. 2021

MEZZAROBA, Oriedes *et al*. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/. Acesso em: 1 nov. 2020.

MOTA, Nomaston Rodrigues. **Direito e empreendedorismo:** aspectos *legis* importantes aplicáveis às *startups*. Minas Gerais, 2016. Disponível em: https://www.prodemge.gov.br/images/com_arismartbook/download/18/revista_fonte.pdf#p ag e=69. Acesso em: 27 agost. 2020

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616190/. Acesso em 20 set. 2020.

ORNELLAS, Aline de Souza. **Propriedade Intelectual para *Startups*:** Elaboração e Validade de Cartilha sobre o uso estratégico e mecanismo de proteção. INPI, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/academia/arquivo/arquivos-biblioteca/aline-de-souza- ornellas.pdf. Acesso 21 abril 2021.

PAIVA, Magali Marques de. *et al.* O crescimento das *Startups* no Brasil. **Revista digital de administração**, vol. 1, no. 5 - jan./jul, 2018, p. 1-18. Disponível em: http://revista.faciplac.edu.br/index.php/REAF/article/view/549. Acesso em:25 abril 2021.

PAIVA, Demitriano Fernandes *et al*. Startups como Modelo de Empreendedorismo Propulsor à Abertura Exitosa de Novas Empresas. **Revista Negócios em Projeção**, v. 10, n. 1, ano 2019. p.87.

PARDIGNO, Euclides Pereira, **O direito na vida das *startups***. *Start Up* Brasil. 2018. Disponível em: https://www.startupbrasil.org.br/2018/08/30/o-direito-na-vida-das-startups/. Acesso em: 19 abr. 2021

PETEFFI, Alexandre. **Capital de risco e o relacionamento de múltiplos investidores em *startups***. Porto Alegre, 2020. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/210784. Acesso em: 20 abr. 2021.

PIZZANI, Luciana *et al*. A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento. **RDBCI: Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação**, Campinas, SP, v. 10, n. 2, p. 53-66, 2012. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/1896. Acesso em: 1 nov. 2020.

RONCARATTI, Luanna Sant'Anna. Incentivos a *Startups* no Brasil: os casos de Startup Brasil, InovAtiva e InovApps. **Repositório**, vol. 1, no. 2016, p. 216-229. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8800/1/Incentivos%20a%20Startups%20no %20 Brasil.pdf . Acesso em 20 abril 2021.

SANTOS, Priscila. *Startup* Brasil. **Revista Galileu**, 2013. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zHFL4C-

n2FsJ:revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI331599-17773,00- STARTUP %2BBRASIL.html+&cd=18&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 18 abr. 2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Conheça os diferentes tipos de investidores de Capital Empreendedor**. Portal Sebrae. 2019. Disponível em:https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/capital-empreendedor-tipos-de- investidores,5040e3796beaf410VgnVCM1000004c00210aRCRD . Acesso em: 19 de abr. 2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **O que é uma startup e o que ela faz?** Portal Sebrae, 24 abril 2020, Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/pi/artigos/voce-sabe-o-que-e-uma-startup-e- o-que-ela-faz,e15ca719a0ea1710VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso 22 abril 2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Razões para registrar uma marca.** Portal Sebrae, 2013.Disponívelem: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/razoes-para-registrar-uma-marca,fc3a634e2ca62410VgnVCM100000b272010aRCRD. Acesso em: 19 de abr. 2021.

SOUZA, Diego Silva, *et al.* As patentes como instrumento de proteção para *startups*. Natal: **Anais do VI**, 2020. Disponível em: http://api.org.br/conferences/index.php/VIENPI/VIENPI/paper/viewFile/1170/662 . acesso em: 20 abr. 2021

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial –** Teoria Geral e Direito Societário. vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616671/cfi/170!/4/4@0.00:9.43. Acesso em 28. Mar. 2021

VIEIRA, Lucas Bezerra. **Direito Para *Startups***: Manual jurídico para empreendedores. 1. Ed. Natal: Queiroz, Barbosa e Bezerra Advocacia, 2017. Edição E-book, ISBN: 978-85-923408-0- 3.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: SANÇÕES PARA NEGÓCIOS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA NORMA

Gabriela Ferreira de Oliveira[1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O presente estudo trata da promulgação da nova Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD - no País, e das sanções impostas aos negócios que incorrerem no seu descumprimento. O tema é de suma importância, tendo em vista que, com a vigência da LGPD no Brasil, todo e qualquer empreendimento, entidade ou sítio da internet que em território nacional e, para o desenvolvimento de sua atividade econômica colete, trate ou armazene dados pessoais de forma física, ou de forma digital, terá de se adequar aos novos parâmetros impostos pela lei objeto do estudo em tela para que não sejam penalizados. À vista disso, teve como objetivo geral analisar a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira a partir de um estudo de suas características e das sanções impostas aos negócios que incorrerem em sua inobservância. Para tanto, utilizou-se de pesquisa com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo e nível de aprofundamento descritivo e explicativo. Sob esta perspectiva, constatou-se que a não observância dos parâmetros impostos pela referida norma podem acarretar a aplicação de sanções administrativas que vão desde advertência à exclusão total do banco de dados que se refere a infração, além de ações, perante o Poder Judiciário, de responsabilização civil.

Palavras-chave: Proteção de Dados. Atividade Empresarial. Sanções.

INTRODUÇÃO

Com o advento da era digital, o crescente desenvolvimento da tecnologia e, o intensivo uso de dados, a elaboração de uma lei que versasse a respeito da manipulação de dados pessoais fez-se tarefa indispensável aos legisladores pátrios. Em sendo assim, após dois anos da sua publicação, passou a vigorar, no Brasil, um marco regulatório que produzirá significativas alterações no cotidiano das empresas, pois exigirá que todo negócio que manipula dados dessa natureza invista em programas de conformidade para adequação à nova lei geral de proteção de dados brasileira.

A propósito, de acordo com Doles e Cárnio (2020), o advento de referida legislação representa um importante passo na proteção dos dados pessoais, uma vez que, hoje, diante do atual estágio de globalização em que vivemos, a interação dos países se dá nos mais variados níveis, em especial devido ao fato de que não existem barreiras que possam e/ou consigam obstar a circulação de dados na rede. Contudo, importante salientar que a LGPD não é uma lei que trata, unicamente, de segurança ou da privacidade do detentor do dado tratado; porquanto, de forma conjunta, trata e incentiva o desenvolvimento econômico e tecnológico, como um todo (LGPD, art. 2º, V).

Certos de que referida legislação traz um cabedal de procedimentos e modos de operar que afetam, especialmente a atividade empresarial, imprescindível se faz averiguar os efeitos derivados da adaptação (ou da necessidade de renovação) da atividade empresarial para com a regulamentação correlata, afinal, a partir de então, a sua inobservância poderá resultar na aplicação de sanções pedagógicas, e/ ou indenizatórias (LUPI; MEZZAROBA; DASSAN, 2019).

Para Oliveira *et al* (2019) quanto maior a corporação, maiores os riscos, sendo assim, mais complexa é a tarefa de incorporar um sistema de cumprimento normativo, nesse esteio, ainda que a adequação, de fato, não seja tarefa fácil, a falta dela poderá importar em prejuízos incomensuráveis, conforme se demostrará adiante. Seguindo nesta

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville.
2. Professora Mestra em Saúde e Meio Ambiente pela Univille. Graduada em Direito pela ACE.

perspectiva, “é possível prever que sairá na frente e obterá melhores resultados, inclusive no quesito confiabilidade dos cidadãos-usuários, as entidades privadas e públicas que vierem a incorporar a carga valorativa e normativa da LGPD às suas atividades” (DE SOUZA NETO, 2020, p. 48).

Isso posto, resta justificada a importância de se estudar e, consequentemente, de os negócios se adequarem aquilo que impõe esta nova e relevante legislação, afinal, não há como se olvidar que junto a vigência da LGPD inaugurou-se uma nova cultura social que tende, mais do que nunca, valorizar a privacidade e a proteção de dados.

Assim, tendo em vista que a atividade empresarial não mais subsiste sem a utilização de dados, uma vez que as relações negociais dependem diretamente deles para garantir a segurança das partes, bem como para evitar golpes e fraudes, estar em *compliance*[3] com aquilo que determina a LGPD não é mais uma opção aos negócios que coletam, tratam ou armazenam dados em território nacional, afinal, com a vigência de referida norma no Brasil, as pessoas físicas e jurídicas que incorrerem no seu descumprimento, serão sancionadas.

Sobre *compliance*, segundo disciplina Tamer, Vainzof e Lima (2020, n.p.) “trata-se de verdadeira mudança cultural multidisciplinar nas empresas envolvendo as áreas jurídicas, de tecnologia e segurança da informação, recursos humanos, marketing, entre outros, bem como os ideais de ética empresarial e responsabilidade social”. Ou seja, cuida-se de uma mudança da empresa como um todo.

Dessarte, o tema traz ao centro da discussão, aqui proposta, as sanções impostas aos empreendimentos que incorrerem no descumprimento da norma, assunto mais discutido e, motivo de maior preocupação em todo o meio jurídico/ empresarial, pois, infelizmente, apenas aquilo que pesa no bolso é levado a sério.

Nessa perspectiva, o não cumprimento da lei coloca as empresas sujeitas às punições disciplinadas na Lei n. 13.709/2018, as quais, vão desde advertência até multas associadas ao faturamento total da agente de tratamento infrator. Mas não só, tendo em vista que, a luz do entendimento de Godinho, Neto e Tolêdo (2020, p. 14) “o regime jurídico da LGPD encontra respaldo em regras elementares da responsabilidade civil, particularmente, o *caput* do art. 927 do Código Civil, o qual estabelece que, aquele, que por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Isso posto, o presente trabalho discorrerá, em primeiro lugar, acerca da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no País, bem como, sobre a influência que a lei Europeia dispôs e, até os dias atuais vem dispondo ao regulamento brasileiro. Em seguida, abordará quais as novas regras que os agentes de tratamento deverão acatar para, por fim, discutir quais as sanções impostas àqueles que incorrerem no descumprimento da norma objeto de estudo.

1. DA IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD NO PAÍS.

Inspirada na *General Data Protection Regulation*, a já vigente lei de dados da União Europeia, nasceu a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira com dois importantes objetivos, quais sejam: o de fomentar o desenvolvimento econômico e a inovação no País e, o de proteger os direitos e as liberdades fundamentais de todo aquele que tem seus dados manipulados seja por empresas, de pequeno e grande porte, entidades, pessoas

3. “O termo *compliance* vem do inglês “*to comply*” e significa estar em conformidade. Na prática, o *compliance* têm a função de proporcionar segurança e minimizar riscos de instituições e empresas, garantindo o cumprimento dos atos, regimentos, normas e leis estabelecidos interna e externamente.” (BOBSIN, 2020).

físicas como profissionais liberais ou, ainda nos tão recorrentes sítios da internet (LGPD, art. 1º, *caput*).

Conforme evidencia Teixeira (2019, n.p.), “o legislador não elaborou a norma que regula a proteção de dados pessoais com vistas a impor freios ao livre avanço da tecnologia e de suas utilidades, mas sim garantir que o seu desenvolvimento seja compatível à proteção dos dados pessoais”. Ou seja, a Lei não impede o tratamento, mas sim, estabelece meios para que o cidadão saiba exatamente o que será feito com seus dados (GONZÁLEZ, 2019).

O crescimento econômico traz benesses a toda população, pois gera emprego, renda e riqueza e diante do cenário de extremo desenvolvimento da tecnologia, para que o crescimento econômico ocorra, dados são extremamente importantes, uma vez que traduzem a maneira mais fácil e rápida de as empresas ampliarem sua carteira de clientes e/ou contatos. Contudo, para que se dê de forma prudente, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais dos titulares dos dados pessoais utilizados neste processo, devem acompanhar tal desenvolvimento.

Ainda que gerada na era digital e estritamente ligada a tecnologia, salienta-se que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira não foi criada por conta da tecnologia, afinal, a forma como se trata dados não se dá unicamente por meio de softwares ou de sistemas avançados.

Não obstante, nos dias atuais, faz-se inegável pensar que todo e qualquer negócio acabe utilizando de alguma ferramenta tecnológica para tratar dados pessoais. Entretanto, importante salientar que a nova legislação não recai apenas ao tratamento de dados em meio digital, já que informações pessoais presentes em documentos físicos também são protegidas pela legislação pátria (DOLES; CÁRNIO, 2020).

Frequentemente há de se ouvir que os dados são o novo petróleo, sendo assim, deve-se conhecer e compreender o que vem a ser os dados pessoais dos quais trata a lei. Afinal, todos estão amparados naquilo que rege a LGPD (RIPARI, 2019).

Para esse entendimento, de forma bastante clara, alude a supracitada norma que se considera dado pessoal toda e qualquer informação relacionada a pessoa natural, que a torne identificada ou identificável. Já dado pessoal sensível todo dado pessoal que carrega informações sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico e político, ou ainda dado referente a saúde ou a vida sexual, seja ele genético ou biométrico (LGPD, art. 5º, II).

Com efeito, “tal construção se assenta no art. 12, §2º da LGPD, pelo qual ‘poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada’” (TEIXEIRA; MAGRO, 2020). Em poucas palavras, para os fins dessa lei e consequente deste estudo, consideram-se dados pessoais toda e qualquer informação que sozinha ou somada a outra, torne possível identificar uma pessoa natural, como por exemplo, o seu nome, o número do seu cadastro das pessoas físicas, ou até mesmo o seu endereço de e-mail.

Sabendo o que vêm a ser dado pessoal, de forma bastante objetiva também se tem a ciência de que por diferentes lugares circulam os dados pessoais de nossa titularidade. Exemplo disso são as empresas de pequeno porte, que se utilizam de fichas cadastrais e ali armazenam os dados de seus clientes, ou ainda, os grandes negócios, em que tais anotações não são armazenadas em fichas, mas em softwares que possuem a capacidade de os guardar em meio a um compilado de diversas outras informações.

Neste sentido, a luz do entendimento de Oliveira *et al* (2019), julga-se que os impactos desta nova norma são expressivos para a atividade empresarial, porquanto a LGPD impõe uma série de procedimentos para que o tratamento de dados seja realizado de forma lícita. À vista disso, faz-se certo, que toda pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realize o tratamento de dados de pessoas para fins comerciais, de quaisquer naturezas online e/ou *off-line* (LGPD, art. 3º, *caput*) terá de se adaptar à nova legislação. Afinal, além de todos os setores da economia nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira possui, ainda, aplicação extraterritorial, como ocorre, por exemplo, com os dados coletados no País e tratados no estrangeiro (PINHEIRO, 2019).

1.1 A influência da lei Europeia no regulamento brasileiro

Diante dos grandes escândalos relacionados ao vazamento de dados no Brasil e no estrangeiro envolvendo reconhecidas empresas, a exemplo do *Facebook*[4] *(Meta)*, entendeu-se por bem que o assunto passasse a ser regulamentado e, inclusive, fosse passível de multas e penalidades em todo o mundo, ou em pelo menos em grande parte dele.

In casu, diferentemente da Europa e do Estados Unidos que possuíam respaldo legislativo acerca do tema há muitos anos, o Brasil, até então, apenas contava com a vigência da Lei nº 12.965 de 2014 popularmente conhecida por Marco Civil da Internet e seu Decreto regulamentador que tratava do uso da internet no país. Para suprir a lacuna relativa ao tratamento de dados pessoais foi sancionada no País, em 14/08/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (OLIVEIRA *et al*, 2020), inspirada no *General Data Protection Regulation* - a rigorosa e eficiente lei que regulamenta a privacidade e a manipulação de dados pessoais em toda a União Europeia.

Sabendo das semelhanças guardadas entre as legislações supracitadas, é evidente que a lei Europeia, popularmente conhecida por GDPR, não apenas desenvolveu função de molde aos legisladores pátrios, mas também vem desenvolvendo e por muito tempo, desenvolverá função ilustrativa aos empreendedores brasileiros. Afinal, faz-se inegável pensar que conforme ocorreu na União Europeia, as empresas e cadeias de negócios brasileiros, que não estiverem em conformidade com a nova legislação, sofrerão graves consequências comerciais (PINHEIRO, 2018).

Prova disso, é que já no seu primeiro dia de vigor, a GDPR tirou vários sites de Jornais dos Estados Unidos do ar por não estarem de acordo com as normas impostas a proteção de dados pessoais dos usuários europeus (PINHEIRO, 2018). Não obstante, conforme apresenta Pinheiro (2018, p. 106) uma “pesquisa global feita pela *Veritas Technologies* indica que 62% dos consumidores deixaram de comprar de empresas que não protegem seus dados”.

Em linhas gerais, pode-se inferir, que, assim como a lei europeia, a lei brasileira simboliza “um marco regulatório que produzirá significativas alterações no cotidiano empresarial, demandando que as instituições invistam em grandes mudanças para proteger os dados pessoais de seus clientes, funcionários e fornecedores” (DOLES; CÁRNIO, 2019, p. 25).

Nesse sentido, como descrito por Godinho, Neto, Toledo (2020) muito embora criada de forma bastante tardia, não há dúvida quanto à importância do advento da lei de dados pessoais brasileira, que, influenciada pelas legislações estrangeiras, supriu uma carência legislativa relativa à proteção dos titulares de dados.

4. A matéria completa pode ser acessada no seguinte *link*: https://www.bbc.com/portuguese/geral-43646687.

2. NOVAS REGRAS APLICÁVEIS AOS NEGÓCIOS BRASILEIROS

Inicialmente, importante frisar que a lei objeto do estudo em tela não se aplica quando o tratamento dos dados é realizado por uma pessoa física para fins exclusivamente particulares e não econômicos, para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos, bem como, nos tratamentos realizados para fins de segurança pública e defesa nacional (LGPD, art. 4°, I, II, III e IV).

Todavia, conforme assevera Oliveira *et al* (2020, p. 177) o "empresário que usa, coleta ou armazena dados de qualquer pessoa deve observar, além da boa-fé, os princípios trazidos pela Lei 13.709/2018, no art. 6º, para se manter em *compliance*". Isso quer dizer que não basta, para fins de adequação, ter uma declaração de conformidade, é imprescindível que o tratamento de dados ocorra de forma justificada.

Nesse sentido, a luz do entendimento de Lupi, Mezzaroba e Dassan (2019, p. 12):

> Há necessidade de implantação de banco de dados que permitam o tratamento, o armazenamento, a anonimização, o consentimento dos titulares, a eliminação e o uso compartilhado dos dados, exigindo-se também arcabouço procedimental jurídico com a finalidade de atingir os objetivos respectivos, como por exemplo, a inserção de cláusulas contratuais que estejam alinhadas com a legislação.

Depreende-se assim que todo "o recolhimento de dados pessoais por parte de organizações deve ser para fins específicos, explícitos e legítimos e não devem ser utilizados de forma incompatível com essa finalidade" (PIURCOSKY *et al*, 2019, p. 92), ou seja, para que o empreendimento que coleta, manipula ou armazena dados pessoais não seja penalizado, deve-se observar instruções como a observância dos princípios, a implementação de agentes de tratamento de dados e, ainda, antepor as diretrizes de *compliance*. Cada uma dessas diretrizes é apresentada a seguir:

2.1 Da observância dos princípios

Em que pese não seja a lei geral de proteção de dados pessoais uma lei que preza unicamente pela segurança ou pela privacidade dos detentores destes dados tratados, ela imprescindivelmente os protege. Por este motivo, demanda que todo aquele que coleta, trata ou armazena dado pessoal alheio observe, além de outros princípios que se encontram destacados no art. 6º da lei, a boa-fé e princípios gerais de governança, tais como: a legitimidade, a transparência, a segurança e a prevenção.

No que tange à boa-fé, Mattos *et al* (2019, p. 82) explica que:

> Por ser um dos princípios fundamentais do direito privado, a sua função é estabelecer um padrão ético de conduta dos referidos agentes de tratamento para com os titulares de dados, sobretudo com relação à predominância do respeito aos direitos conexos, dentre eles os deveres de cuidado em relação ao titular, de respeito, de informação sobre o conteúdo do negócio, de probidade, de colaboração e de agir conforme a confiança depositada, com honestidade, de forma razoável e com equidade. Qualquer ofensa a qualquer um dos referidos deveres implica, necessariamente, em ofensa ao princípio da boa-fé.

Já por finalidade, adequação e necessidade (LGPD, art. 6º, incisos I, II, III) tem-se a legitimidade. Nesse cenário, cada operação deve ter uma finalidade específica e declarada, contudo, destaca-se que, diferentemente do que se acreditava, o consentimento do titular não é necessário para a realização de toda e/ou qualquer

transação, isso pois, com a finalidade de garantir a licitude da coleta, do armazenamento e do tratamento do dado pessoal, a lei trouxe outras nove diferentes hipóteses, denominadas “bases legais”, para que este tratamento ocorra de forma lícita e segura para todas as partes.

Referidas bases legais autorizam que o tratamento de dados pessoais ocorra: (i) para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (ii) 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; (iii) para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (iv) 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; (v) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da lei específica; (vi) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (vii) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (viii) 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; e (ix) para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (LGPD, art. 7º).

Ainda sobre legitimidade, Oliveira *et al* (2019, p. 177) acertadamente defendem que “o princípio da finalidade determina que é necessária uma correlação entre o uso dos dados pessoais e o fim comunicado aos titulares quando do momento da coleta”. Na mesma linha de pensamento, sustentam que “para o cumprimento deste princípio, deve a instituição estabelecer de forma expressa e limitada, a finalidade do tratamento de dados, sob pena de se considerar ilegítimo o tratamento realizado com base em finalidades amplas ou genéricas” (OLIVEIRA, 2019, *apud* MENDES, 2014, p. 71).

Não obstante a lei tenha previsto diversas formas de se realizar o tratamento de dados de forma lícita, segundo Canto *et al* (2020) e, de acordo com o que disciplina a norma estudada, o cidadão terá mais autonomia informativa sobre seus próprios dados, afinal, terão a possibilidade de determinar quem o possuirá e para quais fins serão utilizados. Canto *et al* (2020) explica, ainda, que para completa observância do princípio em referendo, a coleta de dados jamais poderá ser utilizada em prejuízo do titular, além de que, em hipótese alguma poderá ter sua finalidade desviada.

Baseado nos princípios do livre acesso e da qualidade dos dados, tem-se a transparência, requisito essencial para garantia da efetiva proteção dos direitos do titular do dado manipulado.

A luz do entendimento de Mendes (2008), o princípio do livre acesso requer que um banco de dados pessoais esteja sempre disponível ao interessado que possui seus dados ali armazenados. Assim, além de ser livre para requisitar a obtenção de cópias de registros presentes naquele banco de dados, o titular interessado também terá assegurado o direito de solicitar, a qualquer tempo, a retificação, bem como, a exclusão das informações ali armazenadas.

Para mais, Ramiro *et al* (2019) elucidam que informações a respeito dos critérios e procedimentos utilizados no tratamento dos dados deverão ser fornecidas de forma clara e adequada após solicitação do titular, sendo, no entanto, preservados todos os segredos comerciais e industriais do negócio.

Já no que se refere à qualidade dos dados tratados, ainda segundo Ramiro *et al* (2019, p. 73), esta será garantida ao dar-se "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".

Pela observância dos princípios da prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas garante-se a segurança da operação, diretriz elementar à adequação, afinal, pela sua execução tem-se o mais importante dos passos a ser dado na implementação dos programas de conformidade, passo este que não só protegerá os detentores dos dados tratados como também protegerá a empresa detentora do dado armazenado, seja no cumprimento da lei ou em uma futura e eventual defesa.

Segundo Mendes (2008, p. 57) a segurança "refere-se à exigência básica de que qualquer banco de dados esteja protegido contra extravios, destruições e desvios não autorizados pelos interessados". Neste sentido, Pestana (s.d, n.p.) explica que "a ideia central desse princípio é a de preservar, sempre em ambiente seguro, os dados das pessoas naturais objeto do tratamento".

Por fim, em se tratando do princípio da prevenção, tem-se uma reiteração, um arremate de toda proteção que institui a norma e por sua vez, deve estar presente antes, durante e após o tratamento do dado em questão (PESTANA, s.d, n.p.).

2.2 Dos agentes de tratamento de dados

Outra importante disposição que a lei de dados brasileira institui foi a classificação dos agentes de tratamento de dados nas figuras do controlador e do operador de dados pessoais. Considera-se controlador a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Já o operador, a pessoa física ou jurídica, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (LGPD, art. 5º, VI, VII).

Segundo Mattos *et al* (2019, p. 78), "o controlador é o principal tomador das decisões que envolvem os dados pessoais, (...) é ele o maior responsável por proteger os dados dos titulares e como consequência direta, a maior parte das responsabilidades previstas na LGPD também incidirão sobre ele", por este motivo, "é ele quem deverá cuidar para que os dados sejam tratados segundo as informações que expôs ao titular" (MACIEL, 2019, p. 60).

O operador, por sua vez, é a pessoa natural ou jurídica responsável por processar dados pessoais em nome do controlador (MATTOS *et al,* 2019). Para Maciel (2019), o operador sempre age conforme diretrizes traçadas pelo controlador, não tendo qualquer ingerência sobre o tratamento dos dados do titular, cujos propósitos são definidos tão somente pelo controlador.

Não obstante a classificação legal, Maciel (2019, p. 62) oportunamente explica que "não é a função ou natureza da empresa que definirá se é controlador ou operador e sim, a realidade na operação de tratamento." Para tanto, completa dizendo que:

> A melhor forma de se definir a função do agente de tratamento é analisar os dados coletados e, a partir desses perquirir sobre quem define os propósitos de utilização e tratamento tratamento daqueles dados e quem atua apenas em nome de quem definiu. (...) Haverá situações, no entanto, em que dois agentes poderão compartilhar funções de controlador a partir dos mesmos dados dos titulares.

A lei brasileira, bem como a lei europeia, impôs a necessidade de os controladores de dados pessoais terem que indicar um encarregado por tais dados no estabelecimento em que atuam (OLIVEIRA *et al*, 2019).

Na prática, muito embora a LGPD não tenha definido a abrangência das funções do encarregado ou mesmo a formação necessária que o este indivíduo tenha de ter para exercer o cargo de encarregado de dados (MATTOS *et al*, 2019), o encarregado é o profissional cuja competência é dirigir o controle interno do tratamento de dados, intermediar a comunicação entre os titulares dos dados e as empresas de tratamento de dados pessoais, bem como, entre estas empresas e o órgão de controle externo (ANPD), como explica Godinho, Neto e Toledo (2020). É ele quem receberá as reclamações e comunicações dos titulares dos dados, assim como, quem garantirá que sejam tomadas as medidas necessárias ao cumprimento das regras e das boas práticas de proteção de dados.

Conforme explicita Mattos *et al* (2019), não obstante à ausência de previsão na lei específica, o encarregado deverá ainda, sempre que não houver conflito de interesses com o desempenho de suas atividades legais, executar não só as atribuições estabelecidas em normas complementares, como também, as atribuições determinadas pelo controlador.

Por último, importante frisar, que conforme determina o art. 41, § 1 da LGPD, cabe ao controlador divulgar em local de fácil acesso e de maneira pública, clara e objetiva as informações de contato do encarregado para acesso de quem a procure.

2.3 Da função do *compliance* no cumprimento da norma

Muito embora não exista uma fórmula específica para a adequação, haja vista que um programa de *compliance* deve ser pensado caso a caso, determinadas premissas são de fundamental importância para todo negócio. Isso porque, independentemente do ramo em que se atua, "a partir do momento que os dados são inseridos no banco de dados da organização, inicia-se o processo de *compliance*." (PIURCOSKY *et al*, 2019, p. 91).

Para Oliveira *et al* (2019) os Programas de Integridade (*compliance*) funcionam como um ótimo caminho para superar todos os desafios de adequação, além de uma estratégia para minimizar os riscos reputacionais e legais a que boa parte dos negócioz ficaram sujeitos com o advento da LGPD.

Já para Porto (2019), referido processo consiste, sobretudo, em uma mudança cultural dentro da empresa, que a partir de então, passará a ter um olhar mais atento quanto à proteção dos dados pessoais que são ali tratados. Por este motivo, conscientizar o time de colaboradores que atuam em contato direto com pessoas físicas de qualquer natureza, é um passo chave e de fundamental importância para este procedimento.

Outrossim, para Tamer, Vainzof e Lima (2019), dentre outros pontos, que conforme já especificado, devem ser pensados caso a caso, fundamental ainda, faz-se mapear todas as atividades desenvolvidas no empreendimento em referência, para então, se avaliar quais as bases legais de tratamento são necessárias para adequação dos tratamentos que ali ocorrem, bem como, qual o tempo estimado que aquele dado será mantido no banco de dados daquele empreendimento.

Para Pinheiro (2019, p. 43):

> Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital, o que demanda investimento, atualização de ferramentas de segurança de dados, revisão documental, melhoria de procedimentos e fluxos internos e

> externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.

Como bem elucidam Tamer, Vainzof e Lima (2019), é investimento a ser feito no presente que diminuirá os riscos de incidentes de dados pessoais e, ainda, por consequência, mitigará os prejuízos sancionatórios e de reputação advindos de um eventual incidente futuro. Por este motivo, acrescentam que não basta sanear apenas um ou mais setores das empresas com aquilo que determina a lei em estudo. As regras e princípios de privacidade e proteção de dados precisam ser inseridos e previstos nos princípios, valores e missões de toda a corporação.

Com efeito, caberá à alta gerência da empresa acompanhar e deliberar sobre a necessidade e possibilidade de se realizar investimentos financeiros para aquisição de soluções de segurança tecnológica que possibilitem a modificação e implementação do processo de adequação à LGPD. (PORTO, 2019) Neste sentido, como bem frisam Oliveira *et al* (2019) o programa ou sistema a ser adotado, poderá ser proporcional ao porte da corporação, bem como aos riscos que ela enfrenta.

Conquanto, o processo de adequação à LGPD é contínuo e relevante, sobretudo, a própria empresa que, a partir de então, caso eventualmente passe por uma auditoria, seja requisitado pela ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados[5], ou ainda, seja parte de processo judicial terá êxito na obtenção de provas para sua defesa.

3. DAS SANÇÕES IMPOSTAS NO DESCUMPRIMENTO DA LEI

3.1 Sanções Administrativas

Primordialmente, insta salientar “que a lei impõe obrigações de conformidade que devem ser cumpridas por organizações dos mais diversos segmentos da sociedade, sob pena de aplicação das mencionadas sanções administrativas e responsabilização.” (VILELA; LEMOS, 2020, p. 58).

Neste esteio, consoante disciplina o art. 52 da norma em referência, supracitadas sanções vão desde a advertência, passadas a multa simples de até 2% do faturamento da pessoa jurídica – limitado à R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração -, multa diária, observado o mesmo limite, até mesmo a publicitação da infração. Destaca-se ainda a possibilidade do bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração, bem como, a eliminação de referidos dados até a suspensão parcial, pelo período de seis meses de todo o banco de dados a que se refere a infração e por fim, a suspensão total deste mesmo banco por igual período (LGPD, art. 52, I à XII).

Apesar disso, conforme dispôs o legislador ordinário, referidas medidas tratam-se de penalizações gradativas, assim sendo, sanções que determinam a suspensão e a publicitação, por exemplo, apenas poderão ser aplicadas aos empreendimentos que já foram advertidos e/ou penalizados com multa (DE SOUZA NETO, 2020, p. 45).

Maciel (2019, p. 77) aponta como fator interessante a ser notado, que o teto máximo de valor pecuniário para aplicação das supracitadas multas, é por infração e, sendo assim, em um mesmo procedimento administrativo poderão ser encontradas várias infrações a partir de uma mesma denúncia, ainda, de acordo com supracitado autor “poderá haver uma infração pelo incidente e outra pela ilicitude do tratamento.”

5. Órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República responsável por, entre outras atribuições, a fiscalização e a aplicação das sanções administrativas em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à Lei n. 13.709/2018 – LGPD (LGPD, art. 52, *caput*; LGPD, art. 55-A *caput*; LGPD, art. 55-J, IV).

Não obstante a lei preveja um valor tão elevado como sanção, importante observar que caso sejam advertidos, referidos negócios terão prazo para se adequar. Em relação as multas, estas apenas serão aplicadas após a instauração de procedimento administrativo, quando será oportunizada a ampla defesa (LGPD, art. 52, § 1º), conquanto, frisa-se, elas poderão "ser aplicadas de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com o caso concreto." (MACIEL, 2019, p. 77).

No que se refere à defesa da empresa infratora, para que esta ocorra, serão analisados parâmetros tais como a gravidade e a natureza da infração, os direitos pessoais afetados, a boa-fé, a vantagem competitiva pretendida com a infração, a condição econômica, a reincidência do empreendimento infrator, a avaliação do dano, a cooperação com as entidades, além de o planejamento na adoção das boas práticas de governança para se adequar à referida lei (PIURCOSKI *et al*, 2019).

Ainda com relação ao alto valor das multas, Godinho, Neto e Toledo (2020) explicam que o montante arrecadado será inteiramente destinado aos cofres do Estado, deste modo, destaca-se o viés pedagógico e punitivo – mas não indenizatório – da aludida sanção. Vilela e Lemos (2020), por sua vez argumentam que o regime sancionatório instituído na LGPD pode ser considerado inovador para a disciplina normativa brasileira, trazida de acordo com o modelo europeu e pretende garantir efetividade à lei, sobretudo, a partir da aplicação das supramencionadas sanções administrativas.

Assim, instituir diretrizes de *compliance*, bem como, buscar minimizar a quantidade de dados coletados para que se processe apenas os dados que efetivamente sejam necessários para a finalidade do tratamento compõem regras fundamentais para que as empresas se resguardem das penalidades cabíveis (PORTO, 2019).

3.2 Da responsabilização civil dos agentes de tratamento de dados

Muito embora as sanções administrativas disciplinadas na lei objeto do estudo em tela, apenas iniciaram sua execução a partir do dia 01.08.2021 (LGPD, art. 65, I-A), mês em que a ANPD iniciou com os procedimentos fiscalizatórios e regulatórios da LGPD no País, insta salientar, que desde o primeiro mês de sua vigência, a lei geral de proteção de dados brasileira vem sendo objeto de diversos litígios que tramitam perante o Poder Judiciário (VILELA; LEMOS, 2020).

Isso porque, o regime jurídico que instituiu a responsabilidade civil na LGPD, destaca que, "o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo" (LGPD, art. 42, *caput*). Isto se justifica porque "tal dispositivo encontra respaldo em regras elementares de responsabilidade civil, particularmente no *caput* do art. 927 do Código Civil, a estabelecer que "aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-ló"" (GODINHO; NETO; TOLEDO, 2020, p. 14).

Neste ínterim, pode-se destacar, que desde a sua vigência, a LGPD foi bastante explicita quanto a evolução que proporcionou à jurisprudência. Exemplo disso é o Procedimento Comum Cível, o qual tramitou na 13ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, sob o número 1080233-94.2019.8.26.0100 e direção da Magistrada de piso, sra. Tonia Yuka Koroku, que, apenas um mês após a vigência da LGPD no País, condenou uma empresa do ramo imobiliário atuante naquela cidade a indenizar em dez mil reais um cliente que teve informações pessoais enviadas a outras empresas.

Nas palavras da supramencionada Juíza de Direito, compartilhar dados do consumidor com empresas estranhas à relação contratual viola dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados, além de direitos previstos pela própria Constituição, tais como a honra, a privacidade e a autodeterminação informativa, gerando o dever de indenizar.

Também, em Brasília, na 9ª Vara Cível daquela Comarca, mais especificamente sob o número 0728278-97.2020.8.07.0001 e a direção da Juíza Grace Pereira Maia, um portal da internet do Distrito Federal foi penalizado por violar a lei de dados brasileira. Para esta Magistrada "admitir que tais dados possam ser divulgados seria colocar em risco a privacidade e a segurança pessoal dos Embargantes, o que é terminantemente vedado tanto pela Constituição Federal, em seu art. 5º, X, como pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no art. 2º, I, II e IV".

Conquanto, nem sempre o assunto foi tratado desta forma. Anteriormente à vigência da lei de dados brasileira, segundo aclara Godinho, Neto e Toledo (2020) o posicionamento majoritário da jurisprudência pátria era no sentido de que, muito embora a conduta da parte fosse eivada de ilicitude, ainda assim, a responsabilidade civil era afastada e, como consequência, o dano e o dever de indenizar eram descaracterizados em razão do entendimento de que não havia prejuízo concreto para a vítima.

Destaca-se que não somente as pessoas físicas, detentoras de dados pessoais foram beneficiadas com as mudanças legislativas introduzidas pela lei número 13.709/2018. Os negócios que coletam, tratam ou armazenam referidos dados, pela primeira vez, podem se defender de forma a demostrar que adotavam boas práticas e, sobretudo, que agem de acordo com aquilo que a lei exige.

Nesta perspectiva, explicitam Godinho, Neto e Toledo (2020, p. 15):

> Os agentes de tratamento apenas deixarão de ser responsabilizados civilmente, conforme previsto no art. 43 da LGPD, se provarem não ter realizado o tratamento de dados, se o dano decorrer de culpa exclusiva do titular ou de terceiros, ou se não tiver havido violação aos termos da LGPD. A própria lei se encarrega, assim, de estabelecer as causas excludentes de responsabilidade aplicáveis à matéria, cumprindo assumir, portanto, que os aludidos agentes respondem objetivamente pelos danos causados, eis que não cogita a LGPD de verificação de culpa ou dolo como elementos necessários à caracterização do dever de reparar.

Desta feita, como se vê, acertadamente agiu o legislador pátrio quando da elaboração da norma estudada, pois não apenas objetivou o ressarcimento dos danos eventualmente causados, mas, principalmente, buscou prevenir e evitar a ocorrência desses danos e, também, de forma inédita, possibilitou a defesa das empresas demandadas em processo administrativo ou judicial.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O interesse na presente pesquisa se deu após o recebimento de inúmeros e-mails e notificações dentro de aplicativos de gigantes da internet como, por exemplo, o *Google* e o *Facebook (Meta)*, aos quais informavam já estarem adaptando seus serviços, a partir de atualizações em suas políticas de privacidade e/ou termos de uso, às novas regras introduzidas na legislação brasileira por meio da nova lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD.

Em sendo assim, referido estudo teve abordagem qualitativa, foi do tipo bibliográfica, com método dedutivo e nível de aprofundamento descritivo e explicativo. Consoante Gerhardt e Silveira (2009, p. 33), a abordagem qualitativa "não se preocupa

com a representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento de compreensão de um grupo social, de uma organização". Já para Martins (2004) a pesquisa qualitativa é aquela que privilegia a análise, vez que realiza um exame intensivo de dados num tipo de trabalho artesanal que é muito importante para a liberdade intelectual. Nesse sentido, a abordagem qualitativa, garantiu o cruzamento e a interpretação de variáveis mais complexas, assim, perfeitamente se moldou aos objetivos propostos pelo estudo em tela.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, revistas, julgados e em outros meios de comunicação pertinentes o que, segundo Köche (2014, p.122), "se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres".

Já o método utilizado para desenvolver o proposto, foi o dedutivo. De acordo com Fonseca (2009, p. 11) "o argumento dedutivo é aquele que se desenvolve de premissas gerais para chegar a uma conclusão particular."

Por fim, teve nível de aprofundamento descritivo e explicativo. Descritivo, pois se propõe a estudar, registrar, analisar e interpretar a questão de pesquisa, aqui proposta sem a interferência desta pesquisadora (TUMELERO, 2018). E explicativo, dado que, junto da descrição, aprofundará o conhecimento da realidade e, proporcionará ao leitor um sentido de entendimento ao objetivo geral do corrente projeto de pesquisa (TUMELERO, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, a partir de um estudo de suas características e das sanções impostas aos negócios que incorrerem em sua inobservância, porquanto, como bem explicita o art. 3º, *caput*, da referida legislação, dita norma aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que, de qualquer modo colete, trate ou armazene dados pessoais para fins comerciais.

Para tanto, tratou sobre a implementação da LGPD no país e a influência que a lei europeia - GDPR - exerce sobre o regulamento brasileiro; dispôs sobre seus dois importantes objetivos, quais sejam: o de fomentar o desenvolvimento econômico e a inovação no País e, o de proteger os direitos e as liberdades fundamentais de todo aquele que tem seus dados circulando pelo mercado e, também, sobre a definição do que veem a ser os dados pessoais e, os dados pessoais sensíveis aos quais trata a norma.

Em seguida, relatou quais as novas regras que a lei objeto do estudo em tela impôs para cumprimento dos empreendimentos que em território nacional e, para o desenvolvimento de sua atividade econômica, coletam, tratam, ou armazenam dados pessoais. Tratou sobre a importância de se observar os princípios externados na legislação, sobre a obrigatoriedade de contratação e/ou instituição de agentes que controlam, operam e são encarregados pelos dados pessoais de posse de tal empreendimento e, ainda, sobre a função do *compliance* no cumprimento da norma, processo que, conforme anteriormente exposto, importará em uma mudança cultural das empresas e, funcionarão como um ótimo caminho para superar todos os desafios de adequação, além de uma estratégia para minimizar os riscos reputacionais e legais a que boa parte dos empreendimentos ficaram sujeitos (OLIVEIRA *et al*, 2019).

Assim, constatou-se que a não observância dos parâmetros acima expostos, pode acarretar aplicação de sanções administrativas e de responsabilização civil, perante o Poder Judiciário, dos agentes de tratamento de dados.

Verificou-se, que vide o art. 52 da estudada norma, referidas sanções vão desde advertências, passadas à multa simples de até 2% do faturamento da pessoa jurídica - limitado à R$ 50.000.000,00 por infração -, multa diária, observado o mesmo limite, além da publicização da infração, o bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração; bem como, a eliminação de referidos dados até a suspensão parcial e, por fim, a suspensão total, pelo período de seis meses de todo o banco de dados a que se refere a infração.

Ainda, a partir do estudo observou-se que desde o primeiro dia de sua vigência, a lei geral de proteção de dados brasileira vem sendo objeto de diversos litígios que tramitam perante o Poder Judiciário, pois, em síntese, o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais e, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, causar dano a outrem, será obrigado a reparar.

Logo, cumpriu-se com o objetivo geral ao qual estava proposto, dessarte, retomando o pensamento de Godinho, Neto e Toledo (2020), não se há dúvida quanto à importância do advento da lei estudada, que, influenciada pelas legislações estrangeiras, supriu uma carência legislativa urgente.

Assim, considerando que não se obteve o esgotamento total da matéria e que o processo de adequação à LGPD é contínuo e relevante, recomenda-se que a temática objeto do estudo em tela seja alvo de novas pesquisas acadêmicas.

REFERÊNCIAS

BOBSIN, Arthur. **Entenda o que é *compliance* e como colocar em prática.** Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe dobre o tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Procedimento Comum Cível n° 0728278-97.2020.8.07.0001**. Juiz(a) de Direito: Dr(a) Grace Correa Pereira Maia. Disponível em: https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=b86d49e167c6d9a3118f950f7cdbf9abe71da7607bfa69efa2adf4626898f570f800a84c5ab40768fba2cf9867c30f3cbcec8f46f06a430c. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Procedimento Comum Cível n° 1080233-94.2019.8.26.0100**. Juiz(a) de Direito: Dra. Tonia Yuka Koroku. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1080233-94.2019.8.26.0100&cdProcesso=2S0013T8I0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JM&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=AWXAW1RVACSqXqfRnHC1XMo7DbaRQP0ciU9v3jTQY9DeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJPtm7is7b0i52Fzy27jov2eOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dh

SSa
%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0Xi
J8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe
%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZp
GxBKXxfzJHWEVErf55XlYL7msB8UV
%2F5os3EA07I34KBQQ2rI1Ts258scoGVvXZuvm6OT6JhVGnxCBsiMo8aneGjp13t3zOU.
Acesso em: 05 abr. 2021.

CANTO, Ana Paula *et al.* **O tratamento de dados pessoais na LGPD:** transparência e dever de informação. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

DE SOUZA NETO, José Luiz. **A proteção de dados pessoais na era da informação.** Disponível em: https://www.amazon.com.br/PROTEÇÃO-DADOS-PESSOAIS-ERA-INFORMAÇÃO-ebook/dp/B086XLFG3X. Acesso em: 14 out. 2020.

DOLES, Luiz Gustavo da Silva; CÁRNIO, Thaís Cíntia. A lei geral de proteção de dados e as alterações no cotidiano das empresas na ordem ibero-americana. **Revista de Governança e Direitos Fundamentais**, 1ed, 2020. ISBN: 978-84-09-17702-8. Disponível em:
https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/62951428/Livro_CIDIGIN_Paraiba_final20200414-89606-r4zxec.pdf?1586863168=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DGovernanca_e_direitos_fundamentais_revis.pdf&Expires=1600529293&Signature=flBCQxdVvyhbpxavNn9LIbu-ngYRt7blrhFmiiC9QleYZT7Hulqi6BrUVM0xtrsxUfZBqI4zMjSjcaNeOSluQ~bDbdSkBpw4xjX9G-NEUMtrnxZ~Zg96LyM~TEg~E-z8c6o-eY498e89XoN6XRO4v3zEtldxZJKcq8q~j5AQ41CCSakAcSlSX1srAlklYibIYKgrh7U6U1B0AgLrr4AJBEv0n6c-dnjS-Act1lOoRLwtEePDdFG9WH~uLYxUiz-oH3hQdeKqXUmTgfUC6llrOnWzflbS-ju0JPY0cjvatC9vB9fM8w1NLPNX0LrjR309qdHqt7ofrcAPAKmT67EWfw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=24. Acesso em: 03 ago. 2020.

FONSECA, Regina C. V. **Metodologia do trabalho científico.** Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa.** Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/52806. Acesso em: 21 out. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto; NETO, Genésio Rodrigues de Queiroga; TOLÊDO, Rita de Cássia de Morais. A responsabilidade civil pela violação a dados pessoais. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, p. 1-23, 2020. e-ISSN 2595-976X. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/105. Acesso em: 10 ago. 2020.

GONZÁLEZ, Mariana. **LGPD COMENTADA**. Disponível em: https://guialgpd.com.br/lgpd-comentada/. Acesso em: 15. jul. 2020.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia cientifica**. 34 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

LUPI, André Pinto Batos; MEZZAROBA, Orides; DASSSAN, Lucas Amaral. Lei geral de proteção de dados: impactos normativos no direito empresarial. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 2, n. 23, 2019. ISSN 2316-2880. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3899. Acesso em: 15 ago. 2020.

MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18.** 1 ed. Goiânia: RM Digital Education, 2019.

MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. Metodologia qualitativa de pesquisa. **Educ. Pesqui. [online].** 2004, vol.30, n.2, pp.289-300. ISSN 1678-4634. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S1517-97022004000200007. Acesso em: 20 ago. 2020.

MATTOS, Bruna *et al.* **Dos agentes de tratamento de dados pessoais**. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade:** violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Orientador: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **LGPD:** um novo regime de responsabilização civil dito "proativo". Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/. Acesso em: 06 abr. 2021.

OLIVEIRA, Ana Paula de *et al*. A lei geral de proteção de dados brasileira na prática empresarial. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB – PR**, v.4, n.1, p. 172- 200, 2019. ISSN 2525-6483. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/05/revista-esa-9.pdf#page=172. Acesso em: 10 ago. 2020.

PESTANA, Marcio. **Os princípios no tratamento de dados na LGPD** (Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais). Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais** - comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608324/. Acesso em: 12 set. 2020.

PIURCOSKY, Fabrício Pelloso *et al*. A lei geral de proteção de dados em empresas brasileiras: uma análise de múltiplos casos. **Revista Suma de Negócios**, v. 10, n.23, 2019, p.p. 88-89. ISSN 2215-910X. Disponível em: http://www.scielo.org.co/pdf/sdn/v10n23/2215-910X-sdn-10-23-89.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

PORTO, Viviane de Araújo. **Descomplicando a Lei geral de Proteção de Dados Pessoais**. Edição Kindle. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Descomplicando-Lei-Geral-Proteção-Dados/dp/8545502761. Acesso em: 27 mar. 2021.

RAMIRO, André *et al.* **Direito de revisão:** automatizada?. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

RIPARI, CÉSAR. **Por que dados são considerados o novo petróleo?**. Disponível em: https://administradores.com.br/noticias/por-que-dados-sao-considerados-o-novo-petroleo. Acesso em: 09 jun. 2021.

TAMER, Maurício Antônio; VAINZOF, Rony; LIMA, Caio César Carvalho. ***Compliance* e LGPD:** Plano de adequação como ferramenta de mitigação de riscos legais. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/compliance-e-lgpd-plano-de-adequacao-como-ferramenta-de-mitigacao-de-riscos-legais-07042019. Acesso em: 28 mar. 2021.

TEIXEIRA, João Pedro Ferraz. **LGPD 101** – Comentários a lei geral de Proteção de dados. Disponível em: https://joaopedrofteixeira.jusbrasil.com.br/artigos/753086549/lgpd-101-comentarios-a-lei-geral-de-protecao-de-dados. Acesso em: 12 set. 2020

TEIXEIRA, Tarcísio; MAGRO, Américo Ribeiro. **Afinal, o que são dados (pessoais) à luz da LGPD?**. Disponível em: https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/afinal-o-que-sao-dados-pessoais-a-luz-da-lgpd/. Acesso em: 12 set. 2020.

TUMELERO, Naína. **Pesquisa descritiva**: conceito, características e explicação. Disponível em: https://blog.mettzer.com/pesquisa-descritiva/. Acesso em: 20 nov. 2020.

TUMELERO, Naína. **Pesquisa explicativa**: conceitos, objetivos, exemplos e comparativos. Disponível em: https://blog.mettzer.com/pesquisa-explicativa/#Pesquisa-explicativa. Acesso em: 21 out. 2020.

VILELA, Camila M. de Moura; LEMOS, Christiane M. Albiani. **A responsabilização decorrente do tratamento de dados pessoais e o sistema sancionatório da lei geral de proteção de dados pessoais ("LGPD").** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDsojuld3vAhUjA9QKHTrGBA8QFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fjournal.editorailustracao.com.br%2Findex.php

%2Filustracao%2Farticle%2Fdownload%2F17%2F17%2F49&usg=AOvVaw1p0vhxAkyjpLFiP471Yn44. Acesso em: 01 abr. 2021.

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Giovanna Gabriela Leite de Freitas[1]
José Edilson da Cunha Fontenelle Neto[2]

Resumo: O presente estudo objetiva analisar a (in)constitucionalidade da ação penal pública incondicionada nos crimes contra a dignidade sexual e sua consequência às vítimas. O tema é relevante considerando as alterações trazidas pela lei 13.718/2018, as quais refletem diretamente ao direito de privacidade das vítimas de crimes sexuais. A pesquisa tem abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento descritivo. Como resultado da pesquisa, constatou-se que a atual redação artigo 225 do Código Penal é inconstitucional em razão da ofensa ao direito fundamental da privacidade e intimidade da pessoa, já que os danos causados às vítimas ultrapassam os possíveis benefícios da ação incondicionada.

Palavras-chave: (In)constitucionalidade; ação penal pública incondicionada; crimes contra dignidade sexual.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo a análise da (in)constitucionalidade da atual titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Nesse sentido, o tema é relevante em virtude da mudança legislativa trazida pela Lei 13.718/18, que alterou o processamento da ação penal para incondicionada à representação, fato que gerou uma série de discussões sobre a função pela qual fora criada, assim como as possíveis consequências trazidas às vítimas, que podem ter violado direitos constitucionalmente garantidos.

É essencial, portanto, analisar o propósito da alteração do art. 225 do Código Penal, uma vez que refletiu diretamente no direito de privacidade das vítimas de crimes sexuais. Neste sentido, a atual titularidade da ação penal buscou impedir a impunidade dos agressores de crimes contra a dignidade sexual que, em razão do silêncio das vítimas, poderia vir a contribuir no aumento destes delitos. Sob essa perspectiva, a incondicionalidade seria um caminho à garantia à não retaliação às vítimas.

Destarte, é basilar compreender o direito fundamental à privacidade, de forma a priorizá-lo no atendimento das vítimas de crimes sexuais, uma vez que, conforme Pereira (2020) e em consonância ao artigo 5º, X da CRFB/88, é facultado ao indivíduo coibir ou não a intervenção de terceiros e do Estado em sua vida privada. Ao não respeitar o direito da vítima de obstar esta intromissão, estar-se-á violando a Lei Maior. Desta senda, trazer em discussão a atual titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual é importante em razão dos reflexos que o art. 225 do Código Penal, alterado pela Lei 13.718/18, trouxe às vítimas.

Neste contexto, observa-se que a violação aos direitos da vítima é um dos principais problemas enfrentados pela alteração quanto ao processamento da ação penal nos crimes contra dignidade sexual. Não obstante, a mudança ter sido feita justamente com o intento de preservar a vítima e a sociedade desses agressores, não é o que de fato acontece na prática, já que afeta diretamente os direitos de autonomia e privacidade da vítima, face ao interesse coletivo de punir.

---

1. Estudante do nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Professor de Direito na Universidade da Região de Joinville. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho (2019) e em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2019).

Ao aprofundar tais apontamentos, criaram-se divergências quanto à eficácia dessa mudança, tanto para a sociedade quanto às vítimas. Segundo Nucci (2021, p.810), “essa opção legislativa foi drástica, vale dizer, considerar sempre a ação pública incondicionada no cenário dos delitos sexuais”, isto porque, nesses tipos penais sempre se levou em consideração a vontade da vítima em processar, já que diz respeito à sua própria intimidade e honra. À vista disso, a atual titularidade da ação penal é criticada em virtude do escândalo processual e a impossibilidade de escolha da vítima quanto ao processamento ou não da ação contra o respectivo agressor, conforme o autor (2021). Há, por outro lado, o receio quanto à impunidade do agente, havendo o clamor popular para a punição deste em prol da segurança coletiva.

Em razão das discrepantes opiniões entre a função e a eficácia da incondicionalidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, questiona-se se a referida alteração legislativa é conveniente ou não. Para isso, necessário se faz pensar sobre a constitucionalidade da mudança feita no art. 225 do Código Penal, pela lei 13.718/18, de modo a ponderar se os motivos que a ensejaram realmente se cumprem, face a uma sociedade de caráter punitivista.

O artigo discorre inicialmente sobre os aspectos teóricos da ação penal pública, de forma a demonstrar o encargo da mulher no processo penal, e o interesse estatal em oferecer a persecução penal. Em seguida, são apresentados os fundamentos da (in)constitucionalidade da referida ação, caracterizando o direito à privacidade e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ao final, são indicadas as consequências dessa alteração às vítimas (revitimização), a fim de que sejam formuladas reflexões sobre a melhor opção quanto à titularidade da ação nos crimes definidos contra a dignidade sexual.

1. ASPECTOS TEÓRICOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

1.1 Fundamentos da titularidade pública da ação penal

Primordial se faz a construção do conceito de ação penal. O termo ‘ação’ é compreendido como o “direito constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação da pretensão acusatória” (LOPES, 2020, p.231). É nada menos que o direito de provocar o Estado (judiciário), cuja função jurisdicional é a de aplicar a lei no caso concreto. A pretensão acusatória, por sua vez, trata-se do direito de acusar, imputando a alguém um fato delituoso, para que lhe seja aplicada a respectiva sanção. O direito de ação é previsto constitucionalmente como um direito fundamental, materializado no art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna, amparado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Toda ação tem sua natureza jurídica pública, haja vista que, conforme lições de Lopes Jr. (2021) envolve o interesse da comunidade, já que o conteúdo do direito penal é de interesse geral. Isto é, há a provocação jurisdicional, de forma a permitir a atuação da função punitiva do Estado, aplicando-se, então, a pena àquele que cometeu o fato típico. O caráter público da ação, por conseguinte, visa atender ao interesse coletivo, na medida em que o próprio direito penal é ramo do direito público, ou seja, é o Estado que detém o poder punitivo, com intento de punir aquele que atenta contra a ordem social.

À vista disso, a classificação de ação penal privada ou pública, refere-se, na realidade, apenas à legitimidade de promovê-la. Destarte, a ação penal de iniciativa privada, é promovida pela própria vítima do crime, através de advogado ou defensor público, o qual apresenta a petição inicial, nominada de queixa-crime. Já na ação penal

de iniciativa pública, o Ministério Público, conforme disposto no art. 129, I da CF, detém a legitimidade ativa para propor, através da denúncia. A ação de iniciativa pública é dividida em duas categorias: a incondicionada, segundo Lopes Jr. (2020), é a regra geral do sistema penal brasileiro, promovida de ofício pelo Ministério Público, desde que possua elementos suficientes para tal; já a condicionada, há a exigência legal da representação do ofendido ou requisição do Ministro de Justiça, para que o *Parquet* possa oferecer a denúncia.

A existência de duas classificações da ação penal pública (condicionada e incondicionada), se deve ao fato de que alguns crimes afetam com maior intensidade a esfera privada da vítima, devendo lhes ser outorgado, nesses casos, o direito de manifestar seu interesse no processamento da ação. É o que ocorre nos crimes sexuais que, em razão da natureza repugnante, tende a afetar demasiadamente o íntimo do ofendido.

1.2 A vítima mulher no processo penal

O Brasil é um país violento, cujos altos índices de criminalidade indicam sérios problemas de segurança pública. Conforme dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019), só no ano de 2018 foram registrados 66.041 casos de estupro ou tentativas de estupro, sendo que destes, 53.726 foram vítimas mulheres. Em consequência, o processo penal nos crimes de cunho sexual torna-se penoso às vítimas, em especial às mulheres, reconhecidamente sujeitas de uma cultura machista e patriarcal.

De fato, os crimes sexuais, em razão de sua natureza, ocorrem em circunstâncias desfavoráveis, cujos violentadores, em grande parte, integram o mesmo ciclo social das vítimas. Em razão disso, há uma certa fragilidade probatória, sendo de suma importância a palavra da vítima. Inobstante, Mendes (2019, p.94) afirma que a "preponderância da cultura patriarcal até os dias de hoje ainda reserva às mulheres a condição de objeto [...], a ponto de atribuir às suas experiências de vitimização os sentidos que atendem aos interesses da própria cultura". Nem sempre é dada à palavra da vítima a credibilidade necessária ao andamento de um processo penal digno, havendo a minimização da violência sofrida. A consequência disso, conforme a autora (2019) é o silêncio da mulher que, a partir de questionamentos formulados na investigação ou no curso do processo, ainda deve asseverar que não autorizou o ato, tampouco 'justificou' a conduta do agressor. É, pois, uma cultura machista e patriarcal enraizada na sociedade, em que a vítima mulher, especialmente quando ofendida sexualmente, deve evidenciar que não contribuiu para com o comportamento do violentador.

O machismo no Brasil contribui para a objetificação da mulher e seu corpo, "existindo e persistindo a partir de um substrato cultural de vitimização (ou revitimização) para o qual o aparato estatal contribui decisivamente" (MENDES, 2019, p. 96), de forma a atingir exatamente aquela que deveria ser protegida, conforme será abordado adiante com maior profundidade. Essas condutas generalizadas apenas ressaltam os costumes em que os homens eram vistos como bons pais e provedores da família, enquanto as mulheres sempre foram sexualizadas e objetificadas. É por isso que ainda há muitos que atribuem a responsabilidade dos crimes sexuais às mulheres, seja pela roupa que usam ou pelo comportamento na vida pessoal, refletindo substancialmente na credibilidade do seu relato. Pesquisas apontam que apenas cerca de 7,5% das vítimas de violência sexual notificam o caso à polícia, vezes por medo de retaliação do agressor, vezes por receio do

julgamento a que será exposta e pelo descrédito oferecido nas instituições de justiça e segurança pública (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Ao considerar que a vítima tem papel fundamental ao andamento da persecução penal nos delitos sexuais, deve lhe ser garantido um processo investigativo e judicial respeitoso e digno, afastando a 'inversão do ônus da prova' da ofendida. Na visão de Mendes (2019, p.97), para que isso ocorra

> é necessário efetivar a garantia de que a mulher não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral – como é corriqueiro ver-se durante o processo penal, em especial durante a tomada de depoimento da ofendida – reconhecendo-se a ela o direito de depor de modo e em local especial, apartado da presença do réu e de qualquer outra pessoa ou circunstância que lhe possa gerar medo, constrangimento, vergonha ou autoculpabilização.

Ante o exposto, apesar dos avanços quanto à proteção e igualdade entre homens e mulheres, paulatinamente conquistados, a justiça penal, num todo, está muito aquém da desejável. A influência machista e patriarcal ainda presente na contemporaneidade, reforça o descrédito dado às vítimas que, além de serem estereotipadas, com a modificação do art. 225 do CP pela Lei 13.718/2018, são compelidas a participarem de um processo indesejado.

1.3 Histórico da titularidade da ação penal nos crimes sexuais e suas implicações jurídicas

Os crimes de cunho sexual eram denominados crimes contra os costumes, cuja ação era de iniciativa privada. À época, a ação seria pública somente se a vítima ou seus pais não pudessem custear o processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (incondicionada) ou nos casos em que o crime era cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (condicionada). A considerar o prazo decadencial de 6 meses, esta opção legislativa acabava por prejudicar ainda mais as vítimas, uma vez que ocorria a extinção de punibilidade em razão da decadência. Além do mais, o custo processual e a necessidade de constituição de advogado afastavam a procura pela justiça, já que a gratuidade e a ação pública eram limitadas a situações específicas.

Com o tempo, em razão das mudanças culturais da sociedade brasileira, mostrou-se necessário um remanejamento quanto ao tratamento dos crimes sexuais. Somente em 2009, então, com a superveniência da lei 12.015, tais delitos passaram a ser chamados de 'crimes contra a dignidade sexual'. Nesse diapasão, conforme Greco (2020, p.732), "o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual". Procedeu-se à alteração da titularidade da ação para condicionada à representação nos crimes cometidos contra maiores de 18 anos e capazes, bem como passou a ser processado em segredo de justiça. Em relação aos menores e vulneráveis, a ação era incondicionada. Esta modificação se deu com o PL 253/2004, que, previu a intenção de proteger a liberdade sexual da pessoa e, em especial, da criança e adolescente, que por se tratar de hipóteses de ordem pública, não pode ser objeto de ação privada, com a possibilidade de perdão ou renúncia ao ofendido.

O cenário mudou mais uma vez em 2018, com o advento da lei 13.718, a qual, dentre outras alterações, instituiu a incondicionalidade da ação penal nos crimes sexuais. A lei tornou-se mais severa, porquanto impede a extinção da punibilidade em razão do prazo decadencial, salientando, mais uma vez, o fato de que o processo penal brasileiro

está muito atrelado à concepção de ter a obrigação de garantir à sociedade a punição como forma de resposta àquele que infringiu o Direito. Essa sanção, no entanto, acaba por oferecer uma solução apenas à coletividade, desconsiderando aquele que teve seu bem jurídico efetivamente lesionado. Segundo lições de Nucci (2020), essa alteração trazida no artigo 225 do CP, tem relação com a mudança de pensamento da sociedade brasileira, que acabou por desenvolver um sentimento punitivista em relação aos agressores sexuais. Isso dado que os agentes de crimes sexuais podem reincidir se não forem punidos, razão pela qual o Legislador optou pela incondicionalidade da ação, passando a considerar que os delitos sexuais afetam tanto o interesse da vítima quando da sociedade.

Em que pese as mudanças concernentes aos crimes de cunho sexual refletirem essencialmente às mudanças culturais e morais da sociedade, o que se nota de 2009 aos dias de hoje é uma grande instabilidade legislativa e doutrinária. O legislador, ao aplicar a ação penal incondicionada, poderia simplesmente ter revogado o art. 225 do CP, já que esta é a regra geral disposta no art. 100 do mesmo diploma legal.

2. O CONFLITO ENTRE A INCONDICIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A mudança legislativa sancionada em 2018, suscitou uma série de pareceres contrários à ação penal pública incondicionada nos crimes sexuais, gerando vigorosos debates entre aqueles que anseiam uma punibilidade mais rigorosa, movidos pelo desejo coletivo de vingança e os que acreditam na prevalência dos direitos da vítima. O presente tópico aborda os conflitos ideológicos e constitucionais que circundam a atual titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, traçando um paralelo entre o direito à privacidade e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

2.1 Fundamentos do direito à privacidade

O direito à privacidade está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, o qual preceitua serem invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas. É, portanto, um direito fundamental inerente a todas as pessoas, consistindo na “faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular [...], permite que seu titular impeça que determinados aspectos da sua vida sejam submetidos, contra sua vontade, à publicidade e outras turbações feitas por terceiros” (RAMOS, 2020, p. 1031).

Pode-se considerar a privacidade não apenas como um direito de optar pelo rumo ao qual se pretende levar suas informações íntimas, mas também o de pleitear sua defesa contra a intervenção de terceiros. Sarlet (2021, p.372) afirma que cabe somente ao indivíduo a escolha de dispor sobre informações particulares, entendidas como aquelas em que o indivíduo tem “reservado e indisponível ao legítimo interesse do Estado e de terceiros, especialmente tudo que tiver de ficar oculto para assegurar ao indivíduo uma vida com um mínimo de qualidade”.

Ademais, o direito à privacidade é abordado no art. 5º, X da CRFB/88, juntamente com o direito à intimidade. Há, contudo, uma certa diferença entre estes dois institutos. Conforme explicam Mendes e Branco (2020), enquanto a privacidade relaciona-se com os acontecimentos concernentes aos relacionamentos tanto pessoais, quanto profissionais e comerciais, os quais o indivíduo não pretende que chegue ao conhecimento popular, a

intimidade englobaria as conversações e fatos mais íntimos, como relações familiares e amizades íntimas. Desta forma, pode-se afirmar que a privacidade é mais ampla, relacionando-se ao direito do indivíduo à não divulgação de fatos pessoais sem sua prévia autorização, ou seja, é o controle que exerce sobre a publicização da sua própria vida. Já a intimidade é compreendida por esta, referindo-se ao íntimo de cada um, na medida em que está ligada aos seus pensamentos e relações pessoais.

A privacidade nos crimes sexuais diz respeito, especialmente, aos dados íntimos das vítimas que, frente a uma violação da sua sexualidade, são obrigadas a encarar as nefastas consequências da ofensa. O Estado viola, portanto, a privacidade, no momento em que passa a permitir o processamento da ação mediante ação penal pública incondicionada, em que as vítimas são compelidas a participar da persecução, sem poder resistir, em virtude do seu constrangimento.

2.2 Ponderações envolvendo o dever do Estado de realizar a persecução penal frente aos direitos da vítima

A lei 13.718/18 foi originada a partir do projeto de lei nº 5.435, de 2016 e, na exposição de motivos, a alteração do processamento da ação em relação às vítimas maiores de 18 anos e capazes, quedou-se justificada por acreditarem que o silêncio da vítima poderia contribuir substancialmente para o aumento dos crimes sexuais, assim como à impunidade do autor. Ainda, afirmou-se que os agentes responsáveis por tais crimes repulsivos deveriam ser punidos mais rigorosamente, preservando as vítimas de eventuais retaliações de seus agressores.

Em contrapartida, há aqueles que afirmam se tratar de uma medida retrógrada, violadora dos direitos da vítima, sobretudo à sua privacidade e autonomia. Greco (2020), por exemplo, pondera não ter sido uma boa modificação, já que geralmente a vítima não deseja que seus assuntos particulares, em especial relativos aos crimes sexuais, sejam expostos à polícia e ao público, uma vez que há o risco de ser estigmatizada e julgada pela sociedade, tendo preferência, portanto, a conviver com este tormento.

A função do Direito Penal, conforme as lições de Roxin (2009), seria a de proteger os bens jurídicos, logo, teria a incumbência de “garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetam em menor medida a liberdade dos cidadãos” (ROXIN, 2009, p. 16). No caso dos crimes sexuais, por exemplo, o bem jurídico a ser protegido seria a dignidade sexual. Não obstante, há uma certa hesitação quanto a essa função de proteger o bem jurídico, garantindo segurança aos cidadãos, e se de fato ela seria fornecida pela ação penal pública incondicionada nos crimes sexuais, na medida em que traria punição ao agressor, independentemente da aquiescência da vítima.

Ao contrariar a aplicação da ação penal pública condicionada nos crimes contra dignidade sexual, na visão de Almeida (2019) não significa dizer que se está a defender a impunidade do agressor, mas sim de que a vítima teria a liberdade de optar ou não pelo processamento de uma ação que “não lhe devolverá a sua dignidade, mas apenas a obrigará a reviver seu suplício”. Os crimes sexuais não dizem respeito apenas à dignidade e liberdade sexual da vítima, mas também ao seu direito de não ter sua vida íntima exposta, bem como ao direito de autonomia para escolher se deseja ou não dar início à persecução penal.

Ademais, a autonomia privada, segundo Sarmento (2016), corresponde à faculdade individual de efetivar suas próprias escolhas, ou seja, é o direito à

autodeterminação do indivíduo, o qual o torna “capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios” (SARMENTO, 2016, p.134). O direito de autonomia da vítima está intimamente ligado ao fato de que esta sente, mais do que ninguém, o tamanho do seu sofrimento, o qual é absolutamente imensurável aos olhos de terceiros. Assim, não se pode controlar a vontade individual de deliberar sobre sua própria vida pessoal, visto que cada um conhece seus próprios anseios e limites.

Rosa (2020) igualmente critica a mudança do art. 225 do CP, vez que acredita se tratar de um grande retrocesso legislativo. Isto porque, a ação penal se manteve desde 2009, com o advento da Lei 12.015, como condicionada à representação da vítima, exatamente com o intento de resguardar a privacidade desta. Contudo, sua autonomia foi revogada em razão da incondicionalidade da ação penal, em 2018.

Em razão dessa mudança, entende Almeida (2019) que o próprio Estado acaba violando os outros bens jurídicos atinentes à esta vítima, no sentido de que

> tem privilegiado, na maioria das vezes, o desejo de punir o autor, em detrimento dos anseios da vítima [...] contribuindo para uma maior vitimização e reforçando um critério punitivista no Direito Penal, sem se dar conta de que a vítima, embora tenha sofrido com o crime, em seu íntimo pode preferir não reviver toda aquela agonia que outrora suportou, sabendo, por vezes, que o único resultado que verá será a aplicação de uma pena ao agressor que em nada lhe acrescentará ou em nada diminuirá seu sofrimento.

Nessa perspectiva, é nítido o anseio popular em ter o agressor responsável pela violação de um bem jurídico tão íntimo e sensível, punido rigorosamente pelo Estado, sem ao menos pensar pelo lado da vítima, que já fora violada uma vez, cujo bem jurídico ofendido é irremediável.

Tais afirmações divergem, contudo, da exposição de motivos apresentada pelo Projeto de Lei, porquanto fora afirmado que o silêncio da vítima poderia vir a contribuir para o aumento dos crimes sexuais, bem como à impunidade do agressor. Inobstante, doutrina Couto (2017 *apud* SILVA, 2020, p.14) que

> a ação penal pública incondicionada não resolve o cerne da impunidade, relativo às cifras ocultas e, mais ainda, pode acabar por estigmatizar e silenciar a mulher que, frente à um registro ordenado por outrem, não se mostre satisfeita com o ato da notificação alheia ou com a solução que o direito penal pode lhe oferecer.

Costumeiramente, a sociedade é impulsionada pelo desejo coletivo de vingança contra o agressor sexual, esquecendo-se, muitas vezes, de que quem sofrera a violação foi a própria vítima. Nesse sentido, Zapater (2020, p.35) afirma “que a expectativa social sobre qualquer nova legislação é de que um determinado conflito seja reconhecido e resolvido pelo Poder Público”. A autora (2020) declara que aplicar e executar as penas de prisão de forma mais rigorosa, desperta a satisfação popular de que a severa punição trará um certo contento à vítima, ou ainda, seria reconhecida como uma forma de desincentivo à violência. Este pensamento igualmente vale para a lei processual disposta no art.225 do Código Penal, já que se trata de lei mais gravosa ao agressor, enfatizando-se que o importante é punir, em prejuízo do bem-estar do ofendido.

Há ainda, o direito ao esquecimento, vertente importante do princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Ramos (2020, p.1041), este instituto “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o

modo e a finalidade com que são lembrados". Assim, a vítima de um crime sexual, lesada não só fisicamente, mas também em seu âmago, embora jamais consiga esquecer a violação que sofrera, teria a faculdade de decidir o destino das informações a que dizem respeito apenas a ela, para que não sejam relembrados por outrem.

Com efeito, todas as ideias apresentadas refletem tanto à vítima, como autônoma de sua própria vida íntima, detentora esta do direito fundamental à privacidade, respaldada também no direito ao esquecimento, quanto ao Estado, movido pelo interesse público em punir, cujo dever é o de aplicar a lei no caso concreto, garantindo a todos uma existência segura.

2.3 Deduções acerca da (in)constitucionalidade do artigo 225 da Lei 13.718/18

No contexto dos direitos da vítima *versus* a função protetiva do Estado, o questionamento de se determinada lei penal é inconstitucional demonstra-se ser de difícil resolução. Para isso, se faz primordial analisar casuisticamente os fatores controversos que poderiam suscitar a inconstitucionalidade da lei que, no presente caso, concerne ao direito à privacidade em oposição ao interesse público na ação penal.

O direito à privacidade, apesar de ser cláusula pétrea, não podendo ser alterado ou suprimido da Constituição Federal, não se trata de um direito absoluto, havendo a possibilidade de relativização em prol da coletividade. Embora haja uma intensa reprovação coletiva quanto aos crimes de cunho sexual, a limitação quanto ao direito de privacidade concerne a fatos que tenham interesse social. Nessa perspectiva, Bitencourt (2019) reputa contraditória a aplicação da ação penal pública nos crimes sexuais, uma vez que o propósito seria o de proteger o direito constitucional da liberdade sexual, o qual justamente acaba por ser violado, triunfando o interesse público em detrimento do individual.

Ainda, há o direito ao esquecimento, considerado também um desdobramento ao direito de privacidade e, conforme Ramos (2020, p.1038), "consiste na faculdade de se exigir a não publicização de fato relacionado ao titular, cujo interesse público esvaneceu pela passagem do tempo". A vítima de delito sexual, em razão do bem jurídico afetado, tende a se sentir culpada e desmoralizada pelo fato que ocorreu, e por isso, prefere, muitas vezes, manter o acontecido apenas para si. Este direito, contudo, não faz com que a ofendida se esqueça do crime, mas lhe permite que terceiros estranhos ao conflito tomem conhecimento de um fato que não lhes diz respeito, tampouco lhes cabe relembrá-los, desprezando os sentimentos da vítima.

Em contrapartida, existe o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estampado no art. 5ª, XXXV da CF, assegurando a todos o ingresso aos órgãos judiciais, quando houver lesão ou ameaça a direito. Trata-se do acesso à justiça, inviabilizando a vingança privada (autotutela), o que acarreta ao Estado o dever "de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos" (SARLET, 2021, p. 372).

À vista disso, estar-se-á diante de um conflito entre direitos fundamentais. De um lado há o direito de privacidade, o qual permite à pessoa a faculdade de manter informações pessoais fora do conhecimento de terceiros, inibindo eventuais turbações. Por outro lado, há o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consentâneo ao interesse coletivo em punir o ofensor, ante a violação de um direito. As colisões entre princípios devem ser solucionadas proporcionalmente ao caso concreto. Nesse sentido, doutrina Alexy (2006, p.94):

> Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios

> terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Analisando-se tal colisão, tem-se que os danos causados à vítima (maior e capaz) de crime sexual poderiam superar os ditos benefícios da incondicionalidade da ação penal, na medida em que o *strepitus judicii* traria danos àquela que preferiria manter para si um fato íntimo e excruciante, cuja sanção penal jamais será capaz de lhe reparar a ofensa ao bem jurídico afetado. É impensável, portanto, considerar o interesse punitivista de uma sociedade que almeja apenas a vingança, como se estivesse a ocupar o lugar da vítima, ante um sofrimento que não lhes cabe opinar.

Não compete ao Estado decidir o destino da vida da vítima sem a aquiescência desta, desconsiderando sua vontade e seus direito à privacidade e ao esquecimento. Tampouco se pode atrelar a punição como forma de evitar a reincidência do agressor, uma vez que não se pune crime futuro e incerto. Posto isso, embora a Lei 13.718/18 tenha passado pelo controle de constitucionalidade, há a possibilidade de suscitar a inconstitucionalidade desta lei, através de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), em razão de violação do disposto no art. 5º, X da CF.

3. A REVITIMIZAÇÃO NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL COMO CONSEQUÊNCIA DA INCONDICIONALIDADE DA AÇÃO PENAL

No presente tópico é conceituado e exemplificado o processo de vitimização (primária, secundária e terciária), de forma a demonstrar como as instituições policiais e o poder judiciário contribuem para sua ocorrência no âmbito dos crimes sexuais e, ao final, esclarecido de que forma a ação penal pública incondicionada à representação pode ter corroborado para este processo.

3.1 Noções de vitimização

Diariamente pessoas são vítimas de crimes contra sua dignidade sexual, dando início a um processo vitimizatório, cuja origem se dá no acontecimento do delito, podendo se estender por toda a persecução penal e, por vezes, até depois de seu término. Segundo SÁ (1996, *apud* FIORELLI e MANGINI, 2020), a vitimização conceitua-se como "um processo complexo, pelo qual alguém se torna, ou é eleito a tornar-se, um objeto-alvo da violência por parte de outrem [...]", subdividindo-se, em regra, em três categorias: primária, secundária e terciária.

A vitimização primária, conforme Gomes (2020) ocorre quando há a violação direta do bem jurídico da vítima, ou seja, é aquela que acontece na prática do crime. No caso de estupro, por exemplo, a violação do bem jurídico 'dignidade sexual' seria o primeiro ato do processo de vitimização.

Em sequência ao acontecimento do fato típico, inicia-se a vitimização secundária, denominada pelo autor (2020) como "a sentida pela atuação das instituições estatais (controles sociais formais) ante um crime, ocorre quando a vítima vai procurar ajuda estatal diante da prática da infração penal sofrida por ela" (GOMES, 2020, p. 183). A vítima, ao entrar em contato com a Delegacia da Polícia é, por vezes recebida por profissionais inaptos, num ambiente nada acolhedor, momento em que é revitimizada em razão do tratamento precário que recebe. Outrossim, a vítima ainda deve passar por um

penoso exame de corpo de delito para fins probatórios, além de ter que prestar seu depoimento em juízo, fatos que, em conjunto, contribuem para reviver a angústia outrora sofrida.

Num terceiro momento, quando há a divulgação do crime, a vítima fica susceptível a comentários e julgamentos alheios, momento em que ocorre a denominada vitimização terciária. De acordo com Gomes (2020), trata-se do isolamento imposto pela sociedade em razão do delito sofrido pela vítima que, como no caso do estupro, acaba por ser culpabilizada do próprio crime que sofreu, no seu próprio meio social. Em razão do crime ser de natureza sexual, a vítima ainda tende a ser difamada com maior facilidade, sofrendo discriminação daqueles que deveriam justamente apoiá-las. Em outros termos, a sociedade, o Estado, os familiares e o ciclo de amigos das vítimas, não contribuem para seu devido amparo e acolhimento.

3.2 A revitimização aplicada à ação penal nos crimes contra dignidade sexual

Em que pese a ação penal pública condicionada ser majoritariamente defendida, há doutrinadores que ainda sustentam como ideal a aplicação a ação penal privada nos crimes sexuais, em defesa do direito à privacidade da vítima, esta que teria a prerrogativa de decidir iniciar a ação penal sem intervenção estatal, por intermédio de advogado ou defensor público. Bitencourt (2019) acredita que ao aplicar esta modalidade de processamento (ação privada), estar-se-á evitando a divulgação e repercussão social provenientes do crime sexual, de maneira a impedir que o ofendido e seus familiares sofram com a revitimização, a qual poderia trazer maior prejuízo e sofrimento do que a impunidade do agressor.

Na opinião do autor (2019), ainda que a ação seja condicionada à representação, a considerar o princípio da indisponibilidade da ação pública, estar-se-á corroborando com a violência do Estado. Tal constrangimento estatal em que a vítima é submetida, a expõe ao escândalo processual, à mídia e aos comentários alheios, desrespeitando o direito a intimidade e privacidade. Levando-se em conta que o Estado não detém legitimidade para substituir a vontade da vítima, tampouco tem maior interesse na proteção dos próprios direitos desta, atribuir ao Ministério Público a titularidade da ação, segundo o autor (2019), não significa maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado, porquanto “a obrigatoriedade da ação penal pública (a partir da denúncia) afastará, ainda mais, as vítimas da busca pela justiça, para não se submeterem à obrigatoriedade da ação penal” (BITENCOURT, 2019, p.196).

Não obstante, na ação penal privada, apesar do ofendido ser titular da pretensão acusatória, podendo renunciar ao direito de ação (perempção), teria ainda que arcar com o alto custo processual ou provar sua hipossuficiência. Segundo Avena (2021, p.287),

> ao contrário do que ocorre na denúncia oferecida pelo Ministério Público em relação aos crimes de ação penal pública, quando se trata de queixa-crime [...], deve o querelante consignar o valor da causa, o que releva para fins de cálculo das custas. Cabe lembrar que o art. 806 do CPP, ao tratar da ação penal privada, estabelece que, salvo no caso de pobreza do querelante, ‘nenhum ato ou diligência se realizará sem que seja depositada em cartório a importância das custas’.

Acaso a vítima seja economicamente vulnerável (até 3 salários-mínimos), precisará provar sua condição para que seja isenta de custas e designado um defensor público à sua causa. A dificuldade, neste caso, reside no fato de que o Brasil, conforme Nitahara (2021 *apud* Anadep), conta apenas com 6.235 profissionais e, considerando que o ideal

seria um defensor para cada 15 mil pessoas hipossuficientes, haveria um déficit de 4,7 mil defensores públicos. Tais dados apenar confirmam a dificuldade do acesso à justiça, o que, de fato, considerando toda a burocracia, custo e déficit de defensores públicos, poderia vir a contribuir ainda mais para a redução dos registros de violência sexual.

Sob outra perspectiva, a ação pública incondicionada à representação, conforme já explanado, acaba por submeter o ofendido a um processo revitimizatório desnecessário, afetando, principalmente, seu direito à privacidade. Segundo Conjur (2018, *apud* ROSA, 2020), em muitos casos a vítima, ao ter que comparecer a um processo penal que não desejava, acaba passando pela revitimização, o que pode expô-la a constrangimentos perante os familiares, amigos e colegas de trabalho. Nesse ponto, conforme o autor (2018, *apud* ROSA, 2020, s.p) "o legislador desconsiderou completamente a liberdade da vítima (maior e capaz), que agora não mais poderá decidir se deseja levar adiante a persecução estatal ou não, pois ela poderia preferir não se submeter a exposição (muitas vezes vexatória e humilhante) do processo penal".

Seguindo esta linha, tem-se que a revitimização ocorre tanto na ação incondicionada, quanto na condicionada à representação, em virtude de um sistema falho e despreparado para o acolhimento de vítimas de crimes sexuais. Na mesma lógica, vale esclarecer que não se resolve um problema, criando um outro. Isto é, implementar a incondicionalidade da ação penal, com o intento de reduzir a impunidade dos agressores, em detrimento da vontade do ofendido, não se estaria efetivando a função pela qual fora criada. De nada adiantaria, portanto, iniciar a persecução sem a autorização da vítima, se esta sequer tem interesse em realizá-la, já que poderia sair ainda mais prejudicada do que a própria ofensa sofrida, tampouco auxiliaria no processo investigativo e judicial.

Scarance (2019, p.26-28) considera que as leis são meios importantes para prevenir, conscientizar e reprimir, todavia, devem ser concretizadas para que tenham efetividade, uma vez que só elas não bastam para transformar esta realidade. Isto porque, a "culpabilização pela violência sofrida é uma reação frequente relatada pelas mulheres, até mesmo quando recebem atendimento nos serviços de justiça, segurança e saúde" (FBSP,2016, p.13). Partindo dessa perspectiva, entende-se que há uma certa dificuldade probatória no cerne dos crimes sexuais, e isso, juntamente com a possibilidade de ocorrência da vitimização secundária e terciária, ao contrário do que foi dito na exposição de motivos do projeto de lei que ensejou a mudança, implica ainda mais na subnotificação desses crimes à polícia.

À vista disso, Bitencourt (2019, p.196) conclui que nos crimes sexuais "quando há desinteresse da vítima, a instrução probatória resulta visivelmente prejudicada. Por isso, é recomendável que se procure conciliar os interesses privados com o interesse público, facilitando o resultado positivo da prestação jurisdicional". Isso significa que a ofendida, uma vez indiferente ao processo penal a que será impelida a participar, pode se recusar a realizar o exame de corpo de delito, dificultar sua coleta, ou, até mesmo mentir e ocultar detalhes em seu depoimento.

Desta forma, embora a revitimização ocorra em ambas as modalidades de ação pública, a condicionada poderia ser o ponto de equilíbrio entre a privada, em razão do custo desta e dificuldade do acesso à justiça, e a incondicionada, cujo processamento viola os direitos de autonomia, privacidade e esquecimento da vítima, que não teria a liberdade para decidir se gostaria ou não de iniciar a persecução penal. O ideal, no entanto, seria que o Estado oferecesse políticas públicas mais eficazes para o controle e prevenção da violência sexual, assim como as instituições policiais e judiciais

disponibilizassem um ambiente acolhedor e profissionais mais bem preparados para receber e auxiliar as vítimas.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A seleção do tema está relacionada ao inconformismo quanto à mudança da ação penal nos crimes contra dignidade sexual, o qual foi instigado e desenvolvido ao decorrer dos semestres do curso de Direito. Isto porque, se faz necessário refletir sobre as problemáticas consequências para as vítimas de crimes sexuais, advindas da alteração do Código Penal, pela Lei 13.718/18.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa com abordagem qualitativa, que para Oliveira (2007, p.37) exige "um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação". A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade.

Neste sentido, Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam a sociedade de modo geral e não sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido, a pesquisa qualitativa condiz com os propósitos da investigação, de forma a garantir, também, a interseção e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, a qual "propicia o exame de um tema para que o pesquisador construa um enfoque ou abordagem nova sobre ele, com o objetivo de chegar a conclusões inovadoras e que componham a sua gama conceitual" (NUNES e LOZADA, 2020, p.158). Dessa forma, a pesquisa está baseada em fontes bibliográficas, quais sejam, "livros, monografias, teses, dissertações, artigos de periódicos, doutrinas, trabalhos de eventos, material cartográfico, materiais audiovisuais, etc." (Appolinário, 2004 apud Nunes e Lozada 2018, p.158), que tenham relação com o objeto da presente pesquisa, a fim de embasá-lo.

Ainda, a pesquisa é na modalidade documental, compreendida, segundo Lima (2008, p.56), como aquela que analisa documentos que ainda não receberam tratamento analítico, com intento de complementar as informações já existentes, ou ainda gerar e fundamentar novas interpretações.

Por conseguinte, o método utilizado na pesquisa é o dedutivo, partindo de pressupostos considerados verdadeiros que, por meio de raciocínio lógico, chegam a conclusões formais, ou seja, consiste no silogismo de duas premissas, que geram uma terceira, a conclusão (GIL, 2008).

A pesquisa é explicativa, pois mostra as relações causais entre as variáveis. Segundo Gil (2019, p.27), são as que "têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas". Desta senda, o objeto de estudo em questão claramente atende ao objetivo do aprofundamento explicativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, verificou-se um conflito constitucional sobre o tema, já que ao tornar a ação compulsória à vítima, poderia haver a violação a direitos constitucionalmente garantidos, de forma a fazê-la passar por uma revitimização desnecessária. O Estado, que tem o condão de garantir uma existência pacífica e segura à sociedade, já falhou na sua essência, pois sua função preventiva foi incapaz de inibir o cometimento de crimes. As vítimas, em geral, já se sentem violadas na medida em que a proteção e segurança que lhes são devidas, o governo é incapaz de fornecer.

O artigo 225 do Código Penal, em que pese a evolução cultural da sociedade brasileira, mostra-se um tanto quanto confusa às vítimas de crimes sexuais. Isto porque, ao tornar incondicionada a ação que processa os crimes contra dignidade sexual, estar-se-á indo contra o discurso há muito defendido de que a vítima deveria ter mais espaço no processo penal, sendo que, na realidade, acabou por ter sua vontade censurada, dado que sua aquiescência fora totalmente ignorada para dar início à persecução penal.

A maior parte dos crimes de cunho sexual são cometidos contra mulheres e, não bastasse a condição de objeto que lhes são atribuídas, resultado da cultura machista e patriarcal, são ainda submetidas ao *strepitus judicii*, sequer tendo autonomia para autorizar a ação penal. Malcontente, além de ser vítima de violência sexual, será também vítima de violência judicial, ou seja, a pessoa que teve sua dignidade sexual violada, pelo simples fato de ter o crime investigado, que por si só é extremamente escandaloso, vai ter, por óbvio, sua intimidade exposta.

O crime sexual, por sua natureza repugnante, já provoca uma certa repulsa, que sobrepuja a violência física. Com efeito, não foi à toa que o legislador tentou proteger de forma mais severa e contundente as vítimas desses crimes, de modo a entender que a persecução penal com relação aos agressores seria mais eficiente. Isto porque, há um anseio coletivo em ter o agressor punido com maior rigor pelo Estado, expondo desnecessariamente a vítima a uma segunda situação constrangedora, cuja solução oferecida pelo Direito Penal não se demonstra suficiente à sua satisfação.

Apesar da consolidação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, é inadmissível cogitar a punição como resposta à alteração da referida lei penal, porquanto não cabe ao Estado intervir demasiadamente na vida privada da vítima. O Legislador certamente desprezou o desejo da vítima, contribuindo para seu processo revitimizatório, sem sopesar as consequências dessa decisão.

Conclui-se, portanto, que a redação dada pela Lei 13.718/18 ao art. 225, é inconstitucional, posto que ofende o direito fundamental à privacidade e intimidade da pessoa, já que os danos causados às vítimas transcendem os possíveis benefícios da ação incondicionada. Não cabe ao Estado definir o futuro da vítima, como se fosse o titular da ofensa ao bem jurídico tutelado, cabendo apenas àquele(a) que efetivamente sofrera a violação decidir se deseja oferecer a representação contra o agressor. Por conseguinte, a fim de propiciar um equilíbrio entre os interesses, a ação penal pública condicionada à representação seria a forma ideal para seu processamento, excetuando-se os crimes contra menores de 18 anos, vulneráveis e os que tiverem resultado morte, os quais devem permanecer na modalidade incondicionada. Busca-se, assim, o reconhecimento dos direitos inerentes às vítimas, dando-lhes a possibilidade de decidir se desejam ou não, dar início à persecução penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 673 p.

ALMEIDA, Afonso Ferreira de. A vitimização secundária sancionada no artigo 225 do Código Penal pela Lei 13.718/2018. **Jus**, 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/86496/a-vitimizacao-secundaria-sancionada-no-artigo-225-do-codigo-penal-pela-lei-13-718-2018. Acesso em: 19 abr. 2021.

AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016. *E-book*. 1456 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992767/epubcfi/6/30[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter05]!/4/794/3:25[fic%2Ca%C3%A7%C3%A3] 1456p. Acesso em: 05 set. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book*. 720 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617067/. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizado por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei n. 5.435, de 2016.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=573649BF7003DA7B2593F81EB8B04994.proposicoesWebExterno2?codteor=1466593&filename=Avulso+-PL+5435/2016. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 1º mai. 2021.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. *E-book*.383 p.Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597023121/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/14/3:19[orr%2C%C3%AAa

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. ed. 13. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-13/. Acesso em: 13 jul. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019. *E-book*. 192 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020991/cfi/6/10!/4/2@0:0. Acesso em: 12 mai. 2021.

GOMES, Christiano Gonzaga. **Manual de criminologia**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book.* 342 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591705/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 08 abr. 2021.

GRECO, Rogério. **Código penal:** comentado. 14. ed**.** Niterói: Editora Impetus, 2020. 1420p.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. ed. 9. São Paulo: Editora Atlas, 2017. Disponível em: http://www.adm.ufrpe.br/sites/ww4.deinfo.ufrpe.br/files/Metodologia_Cienti%CC%81fica_na_Pesquisa.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021. *E-book*. 133 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555593020/epubcfi/6/14[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo4.xhtml]!/4. Acesso em: 10 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 2667 p.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 1.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597023084/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/46/1:20[307%2C-7]. Acesso em: 25 ago. 2021.

NITAHARA, Akemi. Defensoria Pública tem déficit de 4,7 mil profissionais no país. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 03 ago. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-08/defensoria-publica-tem-deficit-de-47-mil-profissionais-no-pais. Acesso em: 15 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. *E-book.* 1412 p. Disponível em: ttps://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990138/epubcfi/6/28[%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch02]!/4/3452/6/2. Acesso em: 25 ago. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. *E-book*. 1142 p. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993627/first. Acesso em: 07 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/. Acesso em: 11 jun. 2021.

NUNES, Karina da Silva; LOZADA, Gisele. **Metodologia científica**. Porto Alegre: Editora Sagah, 2018. *E-book.* 238 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/cfi/237!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 12 mai. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 1040 p.

ROSA, Marina. Ação penal pública incondicionada aos crimes contra a dignidade sexual instituída pela Lei 13.718/18: privacidade da vítima versus o interesse coletivo na persecução penal. **Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acao-penal-publica-incondicionada-aos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-instituida-pela-lei-13-718-18-privacidade-da-vitima-versus-o-interesse-coletivo-na-persecucao-penal/#:~:text=Com%20vistas%20%C3%A0%20evidente%20necessidade,a%C3%A7%C3%A3o%20penal%20%C3%A9%20p%C3%BAblica%20incondicionada%E2%80%9D. Acesso em: 07 abr. 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. *E-book.* 64 p. Disponível em: https://www.academia.edu/8230569/A_Protecao_de_Bens_Juridicos_como_Funcao_do_Direito_Penal_Claus_Roxin. Acesso em: 07 mai. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. cap.4, p. 178-367.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. 376 p.

SILVA, Luísa Ferreira. Ação penal pública incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual: simbolismo penal à custa da invisibilidade das vítimas. **Núcleo de estudos de gênero: Caderno Espaço Feminino,** v.33, n.1, p. 176-197, 2020. ISSN 1516-9286. Disponível em: http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/55348/29868. Acesso em: 18 abr. 2021.

DISCRICIONARIEDADE NOTARIAL: UM ESTUDO A PARTIR DA ATUAÇÃO DO TABELIÃO DE NOTAS

Gustavo Severien[1]
Daniel de Oliveira[2]

Resumo: Este artigo trata da discricionariedade notarial, a partir da atuação do tabelião de notas. Os inúmeros desdobramentos que um ato praticado por este operador do Direito, no exercício de sua discricionariedade, demonstram a relevância do tema. O objetivo do estudo é compreender, a partir de uma visão sistemática, o quão inerente é a discricionariedade na atuação deste profissional dos serviços extrajudiciais. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. Os resultados mostram que a discricionariedade está intrinsecamente ligada à atividade desempenhada pelo tabelião de notas, seja nos atos classificados como escrituras, como também, na gestão de sua serventia.

Palavras-chave: Discricionariedade. Tabelião de Notas. Notarial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da discricionariedade notarial, tendo em vista a atuação do tabelião de notas. O sistema jurídico que envolve este profissional é integrado pelo prisma legislativo, doutrinário e jurisprudencial, que tratam de disciplinar suas atribuições, prerrogativas e limites de atuação. A discricionariedade, por sua vez, está contemplada dentro deste espectro de características.

O tema é orientado pela doutrina administrativista brasileira que classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários (PIETRO, DI, 2020; CARVALHO FILHO, 2019; e COUTO, 2015), correlacionada com a doutrina notarial e registral que reconhece os Tabeliães como verdadeiros exercentes de função pública (MAFFINI, 2015; e DIP, 2010), além dos acórdãos jurisprudenciais das cortes brasileiras.

O estudo do tema é de fundamental importância na medida em que tabeliães de notas estão intrinsecamente ligados ao cotidiano social. Comprar e vender bens imóveis ou realizar o inventário de espólios são fatos jurídicos que devem, para se revestirem da forma legalmente exigida, passar pelo crivo de um notário. Assim, no exercício deste mister, considerado múnus público, ao atuar com independência a fim de ser fiscal da lei e da segurança jurídica, tem seus atos por vezes revestidos com certo grau de discricionariedade (FISCHER; ROSA, 2002), o que, por consequência, influi na seara particular dos usuários.

Muito embora os tabeliães de notas sejam profissionais a serviço da legalidade, tendo seu âmbito de atuação restrito aos contornos normativos, no desempenho de suas funções desvelam-se razões discricionárias, em especial, nas lacunas deixadas pela legislação. Nas palavras de Gaiger e Rodrigues (2018, p. 14): “mesmo vinculado ao princípio da legalidade, o tabelião tem ampla discricionariedade para a escolha da forma mais adequada (art. 6°, II) de instrumentalizar o ato”.

Assim, por mais que, no plano legal, atribua-se um caráter estritamente legalista ao notário, no âmbito doutrinário há uma construção argumentativa no sentido de que, em certos momentos o tabelião terá de sair da letra pura da norma. É nesse sentido que urge a presente pesquisa, pois, ao reconhecer que este profissional do Direito, no desempenho de seu mister, tem de atuar discricionariamente, desdobram-se questões de ordem de

1. Advogado. Graduado no curso de Direito da Universidade da Região de Joinville.
2. Advogado. Graduado no curso de Direito da Universidade da Região de Joinville.

fática e jurídica como, por exemplo, o prosseguimento, pelo tabelião, na lavratura de determinado ato tendo em vista a identificação do interessado.

Além disso, novos deveres que são atribuídos aos tabeliães, como é o caso dos incorporados através do Provimento 88 do Conselho Nacional de Justiça, editado em 2019, suscitam discussões pertinentes acerca da discricionariedade do tabelião de notas, e, também, de outros profissionais dos serviços extrajudiciais.

Desta forma, a pesquisa trata, em um primeiro momento, das características do sistema notarial e registral pátrio, além de enumerar as atribuições dos tabeliães de notas. Por fim, discute a discricionariedade na função notarial, verificando seus aspectos práticos, e seus atuais desdobramentos.

O artigo contextualiza, inicialmente o sistema notarial e registral. Em seguida, discorre sobre as atribuições do tabelião de notas. Finaliza discutindo a discricionariedade como elemento inerente à atuação do tabelião de notas, e suas atuais discussões e implicações.

1. O SISTEMA NOTARIAL E REGISTRAL

O sistema notarial e registral remonta ao próprio surgimento de grupos organizados, sendo inclusive considerado por alguns autores, como uma instituição pré-jurídica (GAIGER; RODRIGUES, 2018). Tal fato não se dá ao acaso. Os seres humanos desde os primórdios reconhecem que a certos direitos é necessária a observância de formas para, assim, garantir a segurança e a ordem social.

A respeito da forma, nas palavras de Dip (2012, p. 13):

> A politicidade humana exige naturalmente alguma forma publicitária de todos os direitos que não se concluam da própria natureza das coisas e demandem títulos contingentes. À publicidade de situações juridicamente definidas e de transferências de direitos concorre a necessidade do uso adequado de ritos, signos, formas e até fórmulas, que garantem a regularidade dos atos e negócios jurídicos, satisfazendo-se, com isso, a eminente função social prevenir conflitos.

Assim, a função do notário como personagem principal na concretização de direitos, em especial daqueles, como explicitado por Dip (2012), não depende da natureza das coisas, foi, e o é até hoje, a principal característica em que está envolto o notariado.

É nesse sentido que, à medida que as relações sociais se tornaram mais complexas e estruturadas, buscou-se uma forma de garantir que todos os desdobramentos destas relações fossem preservados e revestidos com certa garantia. Há retratos de personagens análogos aos notários nas civilizações sumérias, egípcias, gregas e romanas.

Conforme Gaiger e Rodrigues (2018, p. 14):

> Existem contratos imobiliários de terras da Suméria cuja formalização foi feita em uma espécie de pele animal. Posteriormente, quando a região foi conquistada pelos gregos, foi necessária a legalização destes contratos por um profissional com atividade semelhante à notarial.

O exemplo trazido pelos notários é interessante na medida em que se percebe aquilo que Dip (2014, p. 14) chama de “racionalização do ritual jurídico”. Cada modelo social de cada povo, tendo em vista a amplitude e complexidade de suas relações sociais, demanda um rito diferenciado e especificado para suprir suas necessidades. Para os

sumérios, a formalização de um contrato imobiliário era feita de uma forma preestabelecida por eles. Já para os gregos, era necessário, além desta formalização, a legalização perante um profissional análogo ao notário.

Depreende-se, ademais que, o direito em si, no caso em tela a transferência da propriedade, é imutável. O que vai mudar, tornando-se mais ou menos complexo, a depender do grupo social, é o rito pelo qual se concretiza tal direito.

Não há, portanto, um marco inaugurador do sistema notarial e registral, vez que o surgimento desta instituição se dá no seio do corpo social[3]. Desta forma, o sistema notarial e registral se confunde com a história da humanidade, na medida em que responde aos anseios dos sujeitos na realização e concretização de direitos.

1.1 A fé pública notarial

A fé é inerente ao conhecimento humano. Assim como alguns direitos devem se revestir, por sua própria natureza, de determinada forma, certas situações precisam possuir um grau de veracidade. O conceito de fé, trazido por Dip (2018, p. 119) é no seguinte sentido:

> A fé – seja a divina, seja a humana – é assentimento intelectual, modo de conhecimento de um ser, e, por isso mesmo, tem a verdade por objetivo. Não fosse assim, a fé não seria modo de conhecimento, porque o intelecto não pode aperfeiçoar-se pelo falso.

A fé, portanto, busca a verdade. Tal afirmativa se valida, de maneira integral, à prática de determinados negócios jurídicos que demandam, por sua própria natureza e forma de concretização, um juízo de fé, a fim de garantir que não haja insegurança aos contratantes.

O gravame de ônus real sobre bem imóvel necessita, via de regra, revestir-se de forma pública. Deve passar, necessariamente, pelo crivo de um notário imbuído de fé – neste caso a fé pública delegada pelo Estado. É necessária nessa, e em outras tantas situações, uma confirmação de que as partes estavam em pleno gozo de suas faculdades mentais, e que, por estarem de acordo, livres de qualquer vício, decidem por firmar aquele negócio (BRASIL, 2002).

O legislador quis, ao consagrar a forma pública para este negócio jurídico, dar segurança às partes contratantes e à sociedade de maneira geral. Tal segurança, por sua vez, é concretizada pela fé pública, evidenciada pela “credibilidade de testemunho” (DIP, 2012) daquele que a possui.

Em assim sendo, de maneira inversa aos documentos particulares, em que a veracidade não é regra e depende de prova daquele que o apresenta, os documentos públicos, dotados de fé, gozam de presunção *juris tantum*. Ou seja, nascem presumidamente verdadeiros e apenas são desconstituídos com robusta prova em contrário (PAULIN, 2012).

Esta fé, hoje inerente à atividade de notários e registradores, não foi conquistada ao acaso. Conforme se depreende da perspectiva histórica trazida por Brandelli (2016), inicialmente os notários eram meros redatores de negócios jurídicos, sendo suas escritas desconstituídas de fé. Entretanto, conforme o autor (2016), com o passar do tempo, tendo

3. De acordo com Fraguas (1981, *apud* BRANDELLI, 2016): “*No fueron los reyes, ni las cortes, ni los señores, los creadores del notariado. El notario surge del seno de la sociedad y al 'servicio de la sociedad', para cubrir un vacío”).*

em vista a excelência do trabalho exercido, "[...] suas narrativas passaram a receber cada vez mais guarida, de forma que a crença social naquilo que o notário relatava fez surgir naturalmente a sua fé pública".

O ordenamento legislativo pátrio, como se consagra, reconhece os notários e os registradores como detentores de fé pública, não por uma conveniência legislativa, mas sim, pela confiança que lhes foi concedida paulatinamente pela sociedade. Ao contrário de outras instituições jurídicas que são, preliminarmente, criadas pela lei, e, posteriormente, inseridas no meio social, o sistema notarial e registral foi criado na sociedade, e, posteriormente, regulamentado na legislação[4].

1.2 O sistema notarial e registral no Brasil

Apesar de tabeliães e registradores estarem presentes na sociedade brasileira desde a chegada dos portugueses em terras tupiniquins (SANT'ANNA, 2018), de acordo com Loureiro (2020, p. 68-71), "até nossos dias, a regulação jurídica da atividade notarial, mediante a disciplina das formalidades da escritura pública, foi aquela prevista nas Ordenações Filipinas, com poucas modificações".

Nesse sentido, é possível extrair, sob a perspectiva histórico constitucional que, até a Constituição de 1967, são realizadas tímidas inserções, em se tratando da instituição notarial e registral, no texto constitucional, limitando-se apenas a disciplinar que estes serviços integravam o Poder Judiciário (BRASIL, 1934; BRASIL, 1937; BRASIL, 1946). Com o advento da emenda constitucional 22 de 1982, algumas disposições foram previstas na Constituição de 1967, tal como o ingresso na atividade por intermédio de concurso público. (BRASIL, 1967; BRASIL, 1982). Entretanto, foi em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que a instituição teve seus contornos melhor delineados.

A Constituição de 1988, define em seu artigo 236 que estes serviços "são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público". Assim, trata-se de verdadeira função pública, em que o titular não o é o particular, mas o Estado, que, por sua vez, realiza delegação de seu múnus (MAFFINI, 2018). Além disso, dispôs a carta magna que o ingresso à atividade notarial e registral deve ser realizado por meio de concurso público de provas e títulos.

É forçoso destacar que, muito embora haja a necessidade de concurso público para ingresso na atividade, e a função seja eminentemente pública, notários e registradores não são servidores públicos. Nessa toada, preleciona Britto (2007):

> Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público. (ADI 3.643, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 8-11-2006, P, DJ de 16-2-2007.)

4. Conforme Fraguas (1981, *apud* BRANDELLI, 2016*): "fue la sociedad la que calificó de auténtico e indiscutible al documento redactado y firmado por el notario, y a todas las manifestaciones que en él se contenían, cuya veracidad afirmaba el autorizante. La sociedad 'concedió fe', invistió de fe al documento notarial. Otra cosa es que, posteriormente, las leyes consagrasen y recogiesen en sus textos esa fe notarial preexistente".*

Nesse sentido, em não sendo notários e registradores servidores públicos, fora editado seu próprio estatuto, perfectibilizado pela Lei 8.935/1994. A lei, além de preencher as lacunas constitucionalmente deixadas, com exceção dos emolumentos que foram regulamentados pela Lei 10.169/2000, trata de distinguir notários de registradores, fixando-lhes atribuições e competências.

Assim, o notário desempenha sua função tendo, primordialmente, contato com as partes. Conforme Ceneviva (2014, p. 41), “o notário é a ponte entre a lei e a declaração, a qual, sob o preceito de que os pactos são obrigatórios cria a normatividade própria [...]”. Já, por outro lado, o registrador analisa, primordialmente documentos, qualificando-os, atribuindo os efeitos descritos na legislação, e, ainda, atuando como fiscal em prol da segurança jurídica (KÜMPEL, 2013; e SERRA; SERRA, 2018).

Portanto, muito embora notários e registradores compartilhem do mesmo regime jurídico e gozem de similares prerrogativas, diametralmente opostas são as formas que desempenham seus misteres. O sistema notarial e registral brasileiro, inovado a partir da Constituição de 1988, e instrumentalizado através de legislação infraconstitucional, optou por tratar esta instituição de forma especializada, separando-a em dois grandes grupos.

2. AS ATRIBUIÇÕES DO TABELIÃO DE NOTAS E SEU REGIME JURÍDICO

Dentro do grupo dos notários, está o tabelião de notas. Este profissional do Direito, além de todas as atribuições próprias, constantes do artigo 6° da Lei 8.935/94, possui funções específicas e privativas (CENEVIVA, 2014). Assim, a figura do notário e do tabelião não se confundem, sendo aquele gênero e este espécie.

Nesse sentido, o artigo 7° do estatuto dos notários e registradores dispõe, em seus cinco incisos, as competências que são privativamente delegadas aos tabeliães de notas, sendo elas as de “ [...] lavrar escrituras e procurações, públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavrar atas notariais; reconhecer firmas; e autenticar cópias” (BRASIL, 1994).

A obra de Gaiger e Rodrigues (2018, p. 67) ensina que o ato notarial, que perfectibiliza tais competências do tabelião de notas, se diferencia em “tipicamente autenticatório ou formalizador dos atos e negócios das partes”. Os primeiros são os atos que atestam uma situação já existente no mundo dos fatos, já os segundos, de outro norte, são aqueles em que há verdadeira atuação do tabelião de notas no negócio jurídico em que as “[...] partes devam ou queiram dar forma legal e autenticidade [...]”.

Em similar sentido, ensina Loureiro (2020, p. 664) que “a técnica notarial baseia-se na distinção fundamental entre escrituras e ata”. De acordo com o autor, as escrituras são os atos em que, o Tabelião de Notas, aperfeiçoa a vontade das partes, adequando-as a melhor forma jurídica para consecução do ato, além disso, as atas se constituem em retratos exatos e fidedignos da realidade, que não comportam qualquer suplementação por parte do tabelião.

As escrituras, procurações e testamentos públicos, por exemplo, são patentes exemplos de documentos em que há a diligente e incisiva atuação do tabelião de notas. Isso se aperfeiçoa, por exemplo, na verdadeira assessoria jurídica que este profissional presta às partes, especialmente no que toca aos desdobramentos que um ato, destas naturezas, realizado em suas notas, pode ocasionar (CARRARO, 2012). Brandelli (2016) preleciona, ao tratar da temática, que grande é a contribuição do tabelião de notas na concretização da igualdade material entre os contratantes, especialmente no que diz respeito aos chamados contratos de adesão.

Ademais, destaca-se que, em sendo o tabelião verdadeiro profissional do Direito (BRASIL, 1988), tem o dever de adaptar o negócio intentado pelas partes ao correto regramento legal. Nessa toada, alerta Loureiro (2020, p. 248) que, “a vontade que os outorgantes declaram ao notário se apresenta, muitas vezes, como uma vontade deformada, errônea, incompleta ou mesmo ilegal”. Destarte, na instrumentalização destas atribuições, tem o tabelião função consultiva, e, também, preventiva, buscando sempre o objetivo principal de sua atividade que é a segurança jurídica. Por outro lado, atas notariais, reconhecimento de firmas e autenticações de cópias, revelam-se como atribuições estáticas, em que, igualmente se busca a segurança das relações, mas sob outra postura. (GAIGER; RODRIGUES, 2018; e LOUREIRO, 2020). Conforme destaca Brandelli (2007), tais atos caracterizam-se “por seu aspecto conservatório”. Assim, ao se reconhecer uma firma ou autenticar determinada cópia se busca, única e exclusivamente, a certeza de que a assinatura é de seu signatário e de que a cópia é fiel a seu original, não se perquirem os aspectos intrínsecos do documento, mas tão somente, os extrínsecos (CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2013).

Desta forma, as atribuições do tabelião de notas, legislativamente delegadas, muito embora compartilhem de similar objetivo, que é a concretização da segurança jurídica, diferenciam-se em suas formas de atuação. Se para determinados atos o tabelião de notas tem uma atuação mais diligente, devendo amoldar juridicamente os negócios que intervém, para outros, tem de se ater à realidade estrita do fato que se pretende constatar.

2.1 O tabelião de notas como delegatário do poder público

O tabelião de notas realiza verdadeira função pública no desempenho de seus deveres. De acordo com Loureiro (2020, p. 107), “o agente investido de uma função pública assume uma missão especial claramente distinta da atividade de profissional do setor privado [...]”. Destarte, muito embora tenha o tabelião de notas, autonomia na gestão de sua serventia, possuindo, inclusive, liberdade para controlar suas finanças (SANT'ANNA), assume para toda a sociedade um dever que ultrapassa seus desejos pessoais.

Nesse sentido, constitui-se o tabelião de notas, e as outras espécies de notários e registradores, como colaboradores do Estado, mas não como servidores públicos, uma vez que estão afetos a regimes, tanto de direito público, bem como de direito privado (GAIGER; RODRIGUES, 2018; e LOUREIRO, 2020). Nas palavras de Maffini (2018),

> [...] os notários e os registradores não são servidores públicos em sentido estrito, embora tenham sua relação funcional qualificada por características que são identificáveis com aquela própria dos servidores públicos, como é o caso do ingresso na respectiva carreira por meio de concurso público, bem assim pelo fato de estarem sujeitos a um poder disciplinar decorrente de normas de comportamento pessoal-funcional.

Assim, tem-se um particular, que após a aprovação em concurso de provas e títulos (BRASIL, 1988), recebe a delegação de poderes tipicamente estatais. Acerca da delegação, trata MELLO (1999) no seguinte sentido: “delegação é a outorga, a transferência, a outrem, do exercício de atribuições que, não fora por isto, caberiam ao delegante”. Desta forma, o Estado, em busca de maximizar direitos que, por sua natureza, dependem de intervenção estatal, delega as funções que lhes são inerentes.

A fé pública, por exemplo, que se constitui em característica indissociável de toda a atividade notarial e registral, e, em especial, da atuação do tabelião de notas, decorre do

poder estatal. Gaiger e Rodrigues (2018, p. 15) tratam que um dos elementos da fé pública é a lei que a autoriza.

Nesse sentido, o regime de delegação a que está sujeito o tabelião de notas não o torna servidor público, mas um agente colaborador do Estado, que exerce função de caráter público. Como bem ilustra Loureiro (2018, p. 211), “a função notarial é eclética ou *sui generis* não se confundindo com a função judicial, administração ou de jurisdição voluntária, embora apresente pontos comuns com cada uma delas”. Portanto, na medida em que é agente colaborador do Estado, sujeito a regime de delegação, está sujeito a normas de direito privado, mas principalmente, às de direito público.

2.2 Vinculação e discricionariedade administrativa

Os atos praticados pela administração pública, na consecução de suas finalidades, dividem-se em vinculados e discricionários. Os atos vinculados, de acordo com Carvalho Filho (2020, p. 126), são aqueles em que “[...] o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar.” Destarte, os atos vinculados não deixam margem ao agente para inovar um procedimento, por exemplo, uma vez que a legislação lhe especifica todas as etapas a serem seguidas.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Di Pietro (2020, p. 253), que teria o particular, nos casos de vinculação do agente à norma, “um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a correção judicial”. Assim, o ato vinculado não só obriga o agente a seguir os comandos normativos, como também, dá o direito ao usuário do serviço público de exigir a observância dos procedimentos legalmente impostos.

Por outro lado, existem os atos que são discricionários. Estes atos, diferentemente, dos vinculados, não possuem seu regramento minuciosamente descrito na legislação, surgindo diferentes caminhos que poderão ser trilhados. Assim, no intuito de realizar a consecução do melhor interesse público, imbuído de conveniência e oportunidade, decidirá o agente. (CARVALHO FILHO, 2020; DI PIETRO, 2020; e MEDAUAR, 2018).

Além disso, conforme ensina Mello (2015, p. 442-443), o ato será discricionário quando a norma que o regula:

> [...] ou não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo; [...] ou a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável; [...] ou, independentemente de haver previsão da situação (contemplada mediante conceito preciso ou impreciso), a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória; [...] finalmente, o objetivo legal costuma ser descrito de forma apenas genérica (o "interesse público") ou, em sendo especifica ("moralidade pública, salubridade pública, ordem pública", por exemplo), contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva [...].

Assim, para ser discricionária a atuação, não basta a pura e simples vontade, que se ampara na ideia de conveniência e oportunidade, uma vez que é necessário que a legislação deixe este cenário se criar. Nesse sentido, alerta Mazza (2020, p. 331), para o fato de que “o ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário. Arbitrário é o ato praticado fora dos padrões da legalidade, exorbitando os limites de competência definidos

pela lei". Dessa forma, o ato discricionário não é realizado à revelia da legislação, mas sim, dentro dos limites e dos princípios normativamente impostos.

Ademais, não há espaço, por exemplo, dentro do exercício da discricionariedade, para atitudes que contemplem, apenas a vontade interna do agente, faltando-lhe o sopesamento dos princípios norteadores da atividade Estatal. De acordo com Di Pietro (2020, p. 253):

> O poder da ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial de competência, a forma e finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária a lei.

Portanto, apesar das diferenças entre atos vinculados e discricionários, ambos sempre se orientam pelo aspecto da legalidade. Enquanto os atos vinculados não fornecem ao agente a possibilidade da escolha, os atos discricionários, pela natureza dos dispositivos normativos que os regem, permitem que se trilhe diferentes caminhos, sempre respeitando os contornos legais. Assim, no que concerne aos atos discricionários, não é permitida qualquer atuação arbitrária, que ignore o interesse público e seus consectários.

3. DISCRICIONARIEDADE NA ATUAÇÃO DO TABELIÃO DE NOTAS

O tabelião de notas é, pela natureza da classe profissional a que pertence, profissional que está afeto, principalmente, a regulamentos de direito público, apesar de haver normas de direito privado que orientam sua atividade (MAFFINI, 2018). Na perspectiva trazida por Loureiro (2020, p. 205), "[...] é um particular que exerce uma função pública, é um agente público ou estatal em sentido estrito [...]". Assim, na medida em que seus atos são verdadeiros instrumentos que concretizam uma função pública, estão sujeitos às normas e princípios que orientam a administração pública (RABELO, 2019).

Nesse sentido, justamente por ser regido, entre outros, pelo princípio da legalidade, tem o desempenho de suas funções calcado nos comandos normativos. Dessa maneira, ao realizar determinado ato notarial, como uma escritura pública ou um testamento, estes devem estar harmonizados à sistemática legal (GAIGER; RODRIGUES, 2018).

Entretanto, especialmente na prática de atos classificados como escrituras, em que há atuação mais diligente por parte do tabelião, urge a necessidade deste profissional realizar trabalho interpretativo, uma vez que a legislação não esgota todos os desdobramentos práticos. Nesse sentido, assevera Loureiro (2020, p. 206):

> A necessidade de adaptar a vontade e o contrato dos particulares à vontade da lei exige no notário, de acordo com a melhor doutrina, uma atuação de jurista, cabendo-lhe interpretar a norma jurídica para adaptá-la à nova realidade social e econômica, notadamente nas hipóteses de omissão ou contradição do ordenamento jurídico, o que, não raro, se verifica na atuação de qualquer operador do direito.

Assim, o tabelião de notas, tem o poder/dever de integrar o fato à norma, interpretando-a de maneira a conferir às partes o tratamento jurídico adequado. Apesar disso, assevera-se que o poder de escolher entre o entendimento interpretativo que

melhor se amolda ao caso concreto não pode expressar uma vontade pessoal do tabelião, uma vez que este tem a obrigação de ser imparcial no desempenho de suas funções (GAIGER; RODRIGUES, 2018). Acerca desta questão, destaca-se o entendimento de FISCHER e ROSA (2002):

> Cumpre sempre ressaltar que a interpretação pelo notário deve obedecer ao critério discricionário, estando absolutamente afastada a hipótese de interpretação arbitrária. Cremos que a observância desse critério se faz através da fiscalização direta realizada pela Corregedoria Geral de Justiça. Quando interpreta a lei, o notário não pode se limitar apenas ao texto e às palavras; deve ter em mente as necessidades sociais e as exigências da justiça e da equidade. Assim, entendemos que a interpretação não pode ser apenas formal, devendo ser, antes de tudo, real, humana e principalmente útil.

Destarte, a escolha da melhor interpretação revela-se como atuação discricionária do tabelião, mas não como arbitrária, haja vista que tem de se calcar nos contornos que o ordenamento jurídico fornece. Nesse sentido, apesar de ter o tabelião de notas a possibilidade, por exemplo, de modificar o requerimento das partes para adequá-lo à melhor figura jurídica, não o pode fazer por capricho seu, pois se assim o fizesse estaria incorrendo em ilegalidade (LOUREIRO, 2020).

Além de estar imbuído de discricionariedade na prática de certos atos, principalmente aqueles em que há a necessidade de se promover a interpretação do ordenamento jurídico, o tabelião de notas tem autonomia e liberdade na gestão de sua serventia, uma vez que é um particular que exerce função pública, e não um servidor público em sendo estrito. Nesse sentido, assevera Carmo (2006, p. 171), “[O] serviço delegado não deixa de ser uma função pública de efeitos jurídicos; só que o modo da sua execução, com liberdade de organização e gestão administrativa, fica confiado à discricionariedade do delegatário”.

Em assim sendo, na gestão de sua serventia, tem o poder discricionário de escolher a melhor forma de conduzi-la. A escolha de escreventes, por exemplo, que auxiliam o tabelião na consecução da atividade notarial, é de sua livre nomeação e exoneração. Nesse sentido, discorrem Gaiger e Rodrigues (2018, p. 34),

> Em alguns Estados, o notário pode ainda indicar escreventes autorizados, ou seja, escrevente que têm também a autorização para subscrever atos, traslados e certidões. [...] Esta autorização pode ser suspensa ou mesmo revogada, a critério do tabelião. É ato de confiança de total e ampla discricionariedade do titular.

Portanto, a discricionariedade do tabelião de notas não se revela somente na prática dos atos realizados em sua serventia, mas também, na condução e gestão de sua atividade. Ademais, destaca-se que, tanto em uma situação, como em outra, deverá ser orientado pelo ordenamento jurídico, não podendo atuar em desconsideração a este, caso em que deixará de se valer de razões discricionárias.

3.1 O juízo de identificação e capacidade e a discricionariedade notarial

Para além das questões relacionadas à interpretação do notário e gestão da atividade, no cotidiano de uma serventia notarial, inúmeras são as rotinas e deveres a serem cumpridos pelo tabelião e seus auxiliares. Dentro desses procedimentos desvela-se, por vezes, a necessidade de atuação discricionária.

No Estado de Santa Catarina, por exemplo, todo ato notarial é precedido pela identificação das partes. Para tanto, conforme ilustra o artigo 478 do Código de Normas

da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, deverá o interessado apresentar um documento com foto que lá esteja relacionado. Além disso, deverá o tabelião analisar se a parte possui capacidade para a prática do ato.

Acerca dessa análise, destaca-se o entendimento de Gaiger e Rodrigues (2018, p. 53):

> A discricionariedade do tabelião limita-se a verificar a identidade e a capacidade das partes, bem como as condições legais para o ato. A identidade deve ser aferida pelos documentos oficiais de identidade, podendo, em caráter excepcional, o tabelião dispensá-los quando conheça pessoalmente o usuário (CC, art. 215, §5°).

Assim, caso o tabelião não considere determinado documento apto a identificar a parte interessada, seja porque já decorrem muitos anos de sua emissão, ou mesmo porque seu estado de conservação é precário, poderá se recusar a praticar o ato, tendo em vista ser um indicador de falsificação. Além disso, deverá fazer a análise de capacidade das partes para a prática do ato, que será realizada por intermédio da conversa com os interessados e os sinais externos que estes possam fornecer (BRANDELLI, 2011; e LOUREIRO, 2020).

Nesse sentido, dispõe o artigo 796, §1°, do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, que “a capacidade do comparecente será verificada de acordo com o prudente arbítrio do tabelião, que poderá realizar diligências para subsidiar sua convicção”. Assim, através dos elementos fáticos que tem a sua disposição, o notário tem poder discricionário para, dentro da legalidade, realizar juízo valorativo sobre a capacidade da parte.

Corrobora, ainda, para a questão, Loureiro (2020, p. 711), no seguinte sentido:

> O notário pode formular com segurança um juízo de capacidade, ainda que não possa diagnosticar sua causa. Esse juízo de valor é objetivo, tem fundamento em fatos percebidos pessoalmente pelo notário [...] que avalia racionalmente a sua qualificação (detém ou não personalidade e, caso seja pessoal, tem aptidão ou não para expressar sua vontade consciente, refletida e livre).

Desta forma, a legislação delega aos tabeliães de notas funções que, por sua própria natureza, têm caráter discricionário. A identificação e análise da capacidade das partes ficam ao alvitre do tabelião que, amparado nos elementos fáticos e normativos que dispõe, decidirá prosseguimento ou não do ato notarial, levando-se em consideração a segurança jurídica e prudência notarial (DIP, 2012; GAIGER; RODRIGUES, 2018; e LOUREIRO, 2020).

3.2 O Provimento 88 do Conselho Nacional de Justiça e a, em tese, discricionariedade notarial

Editado em 01 de outubro de 2019, com sua vigência iniciada em 03 de fevereiro de 2020, o Provimento 88 do Conselho Nacional de Justiça, “dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles a serem adotados pelos notários e registradores visando à prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro, [...] e do financiamento do terrorismo”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Assim, este Provimento consolida uma série de obrigações que notários e registradores devem cumprir para contribuírem com a prevenção destes ilícitos penais.

Entre as obrigações impostas no instrumento normativo estão as comunicações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão do governo federal responsável pela gestão das informações repassadas por notários e registradores. Estas comunicações se dividem, de acordo com o Provimento, em obrigatórias e facultativas. Desta forma, dispõe referida norma, em seu artigo 26 que, em uma escritura pública, por exemplo, de compra e venda de bens imóveis, que verse sobre o pagamento, em espécie, de valor superior ou igual a R$ 30.000,00, é obrigatória, independente da análise de outros fatores e elementos, a comunicação à autoridade competente.

Por outro lado, o mesmo instrumento normativo faz alusão, em seu artigo 20, às hipóteses em que fica facultada ao tabelião de notas a comunicação ao COAF. Entre elas pode-se mencionar a operação que, aparentemente, não apresente valores e condições praticadas no mercado. Nestes casos, dispõe referido Provimento que deverá o tabelião de notas se pautar em outros elementos que tornem convicta a suspeita acerca da prática dos ilícitos combatidos pelo Provimento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Acerca das comunicações facultativas, aduz Vilela (2019):

> O Provimento faculta ao registrador ou Oficial a comunicação à UIF caso considere suspeita a operação, o que novamente leva à reflexão sobre a discricionariedade delegada aos destinatários da norma e, especialmente, sobre os riscos de se criar uma divisão entre os cartórios mais e menos criteriosos.

Assim, na hipótese de se deparar com uma situação que gerará um ato de comunicação facultativa, tem o tabelião de notas, e os outros profissionais atingidos pela norma, na visão de Vilela (2019), a possibilidade de comunicar ou não à autoridade competente. Essa situação, deverá, assevera-se, de acordo com o próprio Provimento, ser sopesada com outros elementos que indiquem a intenção de cometer lavagem de dinheiro ou incentivo ao terrorismo.

Em entendimento diametralmente oposto, Blasco (2019, p. 50-51), aduz o seguinte:

> Toda comunicação, para efeitos do Provimento, é obrigatória. Isto é, o Provimento é expresso em determinar que, se o notário ou registrador suspeitar que um ato contém indícios de crime de lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo, ele deverá de imediato comunicar à UIF. No ambiento administrativo-fiscal em que os notários e registradores foram postos, não há discrição, a atividade é vinculada e indeclinável.

Desta forma, de acordo com referido autor, não haveria que se falar em discricionariedade no âmbito do Provimento 88, uma vez que toda situação que apresente suspeita seria de obrigatória comunicação. Este entendimento, conduto, diverge do exarado por Vilela (2019) na medida em que para ele, no âmbito das comunicações facultativas, haveria discricionariedade por parte dos destinatários legais.

Portanto, a recente novidade normativa implementada pelo Conselho Nacional de Justiça provoca discussão acerca da discricionariedade do tabelião de notas. Se por um lado se defende que ficaria a critério do tabelião, sendo o caso de comunicação facultativa, o envio ou não de informações ao COAF, por outro, explana-se pela obrigatoriedade em todos os casos, sejam eles obrigatórios ou facultativos, uma vez que o regime a que estão sujeitos estes profissionais não os permitiria agir discricionariamente.

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A atividade notarial e registral é, inegavelmente, pautada pelo princípio da legalidade. Todavia, conforme ensinamentos trazidos pela professora Di Pietro (2020), tarefa impossível é do "[...] legislador de prever todas as situações possíveis [...]". Em assim sendo, ao se deparar com uma situação não prevista na legislação, mas de obrigatória atuação, questiona-se de que maneira o profissional do Direito, neste caso o notário, resolverá o imbróglio. Nesse sentido, urgiu a necessidade de pesquisa para aprofundamento e elucidação do tema.

Esta é uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Marconi e Lakatos (2017, p. 302), "o estudo qualitativo desenvolve-se numa situação natural, oferecendo riqueza de dados descritivos, bem como focalizando a realidade de forma complexa e contextualizada". Desta forma, diferente do estudo quantitativo, que busca, essencialmente, "numerar ou medir unidades ou categoriais homogêneas" (RICHARDSON, 2015, *apud* MARCONI; LAKATOS, 2017), a abordagem qualitativa tem como objeto de estudo "um nível de realidade que não pode ser quantificado" (MINAYO, 1993, *apud* MARCONI; LAKATOS, 2017).

Nesse ínterim, corroboram Henriques e Medeiros (2017, p. 104):

> a complexidade, a singularidade, a imprevisibilidade e a originalidade das relações interpessoais e sociais requisitam outros métodos que não a quantificação, métodos mais relacionados com a interpretação, propriamente dita, métodos que valorizam aspectos qualitativos.

Assim, referida abordagem se amolda integralmente ao objeto de estudo deste projeto de pesquisa, tendo em vista a intangibilidade e interdisciplinaridade do tema.

A pesquisa é bibliográfica, haja vista "que se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir das teorias publicadas em livros ou obras congêneres" (KÖCHE, 2015, *apud* HENRIQUES; MEDEIROS, 2017). Nesse sentido, os materiais bibliográficos são suporte para que a discussão e o aprofundamento do tema se aperfeiçoem.

Ademais, a pesquisa é, também, documental, uma vez que se utiliza nas palavras de Lozada (2018, p. 160), documentos "que ainda não receberam um tratamento analítico adequado". Ao objeto de estudo desta pesquisa, assevera-se, é de grande valia a utilização destes documentos, justamente pelos desdobramentos do tema no cotidiano social, que se revelam através de decisões judiciais, provimentos e circulares.

O método utilizado neste projeto de pesquisa é o dedutivo. Conforme ensinam Henriques e Medeiros (2017, p. 35): "o método dedutivo parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para se chegar a uma conclusão. É um método puramente formal, que se vale apenas da Lógica". Assim, busca-se, através de premissas de maior abrangência, compreender as particularidades dos casos concretos, garantindo-se, assim, uma maior higidez e coerência argumentativa.

Por fim, a pesquisa é explicativa, uma vez que, conforme os ensinamentos de Oliveira (2011, p. 22) "é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tenta explicar a razão e as relações de causa e efeito dos fenômenos". Nesse sentido, se adequa integralmente aos objetivos deste projeto de pesquisa, na medida em que se investiga a causa, e, principalmente, o efeito do agir discricionário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços notariais e registrais são, indubitavelmente, funções públicas, razão pela qual muitos dos conceitos que são inerentes à administração pública podem ser aplicáveis à prática notarial e registral. O tabelião de notas, profissional em que se concentrou a presente pesquisa, busca, no desempenho de seu mister, a isonomia entre os contratantes e a segurança jurídica dos negócios em que intervém. Assim, na consecução destes objetivos, desdobram-se duas modalidades dos atos que pratica e que são de fundamental importância para compreendermos o tema central desta pesquisa. De um lado tem-se as atas, que expressam a atuação mais conservadora do tabelião, e, de outro, as escrituras, que requerem um agir mais diligente de sua parte.

Na prática de atos especialmente caracterizados como escrituras, o tabelião tem que interpretar a vontade das partes e adequá-la ao ordenamento jurídico, garantindo, desta forma, a satisfação dos objetivos de sua atividade. É nesse sentido que tem este profissional discricionariedade para escolher os caminhos que melhor conduzem à segurança jurídica.

A discricionariedade do tabelião de notas se exprime, também, na gestão de sua serventia, que deve sempre ser orientada pelo interesse público e pelos princípios que lhe são corolários, tal como o da eficiência. Além disso, se faz presente na autonomia que tem para decidir pela identificação e capacidade de seus usuários.

Em todos esses casos, destaca-se que, como ficou demonstrado ao longo da pesquisa, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Não irá o Tabelião agir de maneira a consagrar seus interesses particulares, devendo sempre considerar o melhor ao interesse público e aos usuários de seu serviço. Em verdade, agindo discricionariamente estará o tabelião consagrando o princípio da legalidade, haja vista que sempre deverá agir dentro dos limites normativos.

Novas atribuições impostas pela lei, como é o caso do Provimento 88 do Conselho Nacional de Justiça, trazem, novamente, a questão da discricionariedade à tona. Se, de um lado defende-se que haveria, nos casos de comunicação facultativa, um agir discricionário imbuído ao tabelião, por outro, sustenta-se pela sua estrita vinculação aos ditames legais. A questão ainda é incipiente, tendo em vista a novidade da legislação, mas já demonstra a importância do tema.

Portanto, estes profissionais que têm sua história confundida com a da humanidade, os quais realizam uma função pública que evita desequilíbrios e garante o desenvolvimento econômico e social, têm sua atuação calcada pelo princípio da legalidade, mas, não, estrita legalidade. Em certas ocasiões, para que se consagre os objetivos que perquire, tem o tabelião de notas autonomia para decidir os caminhos e as soluções que irá adotar, pautando-se pelo critério discricionário.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 47, 1999. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001749e96ff6ea2df6169&docguid=I72ea2bb0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I72ea2bb0f25711dfab6f010000000000&spos=23&epos=23&td=25&context=120&crumb-action=append&crumb-

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BLASCO, Fernando Domingos Carvalho. **Manual notarial e registral de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: https://cartorioblasco.com.br/Content/publicacoes/Manual_Notarial_e_Registral_de_Prevencao_a_Lavagem_de_Dinheiro_e_ao_Financiamento_do_Terrorismo.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 80, 2016. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000171db088ee5c95cf971&docguid=I24141b401cb311e6befa010000000000&hitguid=I24141b401cb311e6befa010000000000&spos=2&epos=2&td=62&context=101&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 11 abr. 2020. Paginação irregular.

_____. **Teoria geral do direito notarial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inciso III do Art. 4° da Lei n° 4.664, de 14 de dezembro de 2005, do Estado do Rio de Janeiro. ADI n° 3.643. Relator: Ayres Britto. Brasília, 08 de novembro de 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406334. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina. **Código de Normas**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/1312406/C%C3%B3digo+de+Normas+CGJ/9fd74fde-d228-4b19-9608-5655126ef4fa. Acesso em 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 88, de 01 de outubro 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Provimento-n.-88.pdf. Acesso em 19 set. 2020.

CARMO, Jairo Vasconcelos Rodrigues. Responsabilidade civil do delegatário notarial e de registros públicos. **Revista da EMERJ**, v. 9, n° 36, 2006. ISSN 1415-4951. Disponível

em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_169.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

CARRARO, Natasha da Motta Ribeiro. Segurança jurídica e desenvolvimento econômica: Suas relações com a fé pública notarial e registral. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 72, 2012. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000171db248cad54900c6a&docguid=I3e1eee00bf0d11e1978f000085592b66&hitguid=I3e1eee00bf0d11e1978f000085592b66&spos=2&epos=2&td=2&context=221&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 25 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/cfi/6/10!/4/2/4@0:0. Acesso em: 15 ago. 2020.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada; (lei n. 8.935/94)**. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211650/cfi/85!/4/2@100:0.00. Acesso em: 11 abr. 2020.

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615919/cfi/3!/4/4@0.00:3.66. Acesso em: 15 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/40!/4/2/4@0:0. Acesso em: 18 abr. 2020.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

_____. Breves apontamentos sobre a Fé Pública Notarial. **Associação dos Notários e Registradores do Brasil**. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2018/03/23/artigo-breves-apontamentos-sobre-a-fe-publica-notarial-des-ricardo-dip/. Acesso em: 16 de maio de 2020.

FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. Função notarial criadora de direito. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 52, 2002. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000171db169e607517c2c0&docguid=I07919730f25811dfab6f010000000000&hitguid=I07919730f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=179&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 11 abr. 2020.

GAIGER, Paulo Roberto; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de notas**: Teoria geral do Direito Notarial e Minutas. Vol. v.1. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601363/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 11 abr. 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/10!/4/2/4/2/2@0:0. Acesso em: 01 ago, 2020

KÜMPEL, Vitor Frederico. A efetivação do Direito por meio da atividade tabelioa e registral. **Migalhas**. ISSN 1983-392X. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/177770/a-efetivacao-do-direito-por-meio-da-atividade-tabelioa-e-registral#:~:text=Enquanto%20o%20not%C3%A1rio%20%C3%A9%20o,compra%20e%20venda%20de%20im%C3%B3vel. Acesso em 16 de maio de 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011845/cfi/6/10!/4/2@0:0. Acesso em: 01 ago. 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais**. Salvador: JusPodvm, 2020.

MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: A gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 85, 2018. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000171db1f43561fe80838&docguid=I803ccd80ee2111e895dd010000000000&hitguid=I803ccd80ee2111e895dd010000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=203&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 25 abr. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600533/cfi/4!/4/4@0.00:6.76. Acesso em: 18 set. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de**. Metodologia científica: um manual para realização de pesquisas em Administração**. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf.

PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registrária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 72, 2012. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001729ba548f9e3341dc0&docguid=I3bd01c00bf0d11e1978f000085592b66&hitguid=I3bd01c00bf0d11e1978f000085592b66&spos=1&epos=1&td=1&

context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 25 abr. 2020.

RABELO, Walquíria Mara Graciano Machado. Princípios da Administração Pública: Reflexo nos Serviços Notariais e de Registro**. Colégio Notarial do Brasil: Conselho Federal**. Disponível em: https://www.notariado.org.br/principios-da-administracao-publica-reflexo-nos-servicos-notariais-e-de-registro/. Acesso em: 19 set. 2020.

SANT'ANNA, Gilson Carlos. Fatos históricos e jurídicos determinantes da configuração contemporânea dos serviços notariais. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 65, 2008. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001729bb0950a7b7e53f2&docguid=If7afc2902d4111e0baf30000855dd350&hitguid=If7afc2902d4111e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=3&context=105&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. O atual regime jurídico dos serviços notariais e de registro. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 67, 2009. ISSN 1413-4543. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001749e480696890a863d&docguid=If7bc6cc02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=If7bc6cc02d4111e0baf30000855dd350&spos=25&epos=25&td=63&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 17 set. 2020.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito**. Registro de Imóveis**: Parte Geral. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228286/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 11 abr. 2020.

VILELA, Davi Medina. Notários e registradores serão obrigados a comunicar operações suspeitas. **Migalhas**. ISSN 1983-392X. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/313656/notarios-e-registradores-serao-obrigados-a-comunicar-operacoes-suspeitas. Acesso em: 19 set. 2020.

AS REPERCUSSÕES DO *EXPOSED* FALSO E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Irion Vitor Campello[1]
Waldemar Moreno Junior[2]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o *exposed* falso e suas repercussões jurídicas à luz da legislação penal brasileira. O termo inglês *exposed* refere-se ao ato de expor no ambiente virtual determinado ato repudiado socialmente, como assédios, racismo ou outro tipo de discriminação. Considerando a massiva atenção midiática sobre os recentes casos de *exposed* cabe analisar seus desdobramentos jurídicos no âmbito do direito penal. A abordagem da pesquisa foi qualitativa e o método selecionado foi indutivo, sendo do tipo bibliográfica e documental e tendo aprofundamento descritivo. Desta forma, conclui-se que existem mecanismos legais que amparam a vítima de um *exposed* falso, no entanto se faz necessário conscientizar a população sobre os desdobramentos desse tipo de crime.

Palavras-chave: *Exposed*, Direito Penal, Falsa Acusação.

INTRODUÇÃO

Trata-se de uma pesquisa a respeito do *exposed* falso praticado nas redes sociais e suas decorrências no âmbito do direito penal. O *exposed* é um movimento virtual de grande visibilidade e mobilização social que busca denunciar os mais variados tipos de abusos praticados principalmente contra mulheres, e precisa se firmar em um ambiente onde denúncias falsas são práticas cada vez mais comuns, assim, se faz necessário estudar o tema e de que maneira ambos se relacionam. Ainda, explorando a legislação penal brasileira e de que forma deve-se agir em caso de uma denúncia falsa.

O tema mostra-se importante haja visto que a maior parte da sociedade brasileira possui acesso à *internet* e redes sociais, podendo se expressar, reportar e propagar *online* o que bem entender. Com a popularização de movimentos sociais que visam reportar casos de assédios, estas denúncias são replicadas pretendendo que o autor da agressão sofra consequências. Em pouco tempo, estes movimentos ganharam milhares de apoiadores chamando a atenção da mídia e principalmente trazendo resultados aos agressores, tanto com sanções jurídicas como sociais, como a perda de emprego. Desta forma, tendo em vista que movimentos nas redes sociais não possuem um critério investigativo antes de uma postagem ou compartilhamento, é imprescindível preocupar-se em manter a credibilidade do movimento ao passo que possíveis denúncias falsas sejam identificadas e seus criadores punidos.

Com o grande número de usuários nas redes sociais, qualquer compartilhamento pode se tornar viral, e o *exposed* já provou ser uma boa forma de chamar a atenção, devido seu caráter de denúncia. Ao mesmo tempo que atiça a curiosidade dos usuários das redes, também incentiva a criação de uma multidão virtual furiosa que repassa as informações para que o possível agressor seja punido, antes de qualquer forma de investigação ou confirmação. Esta facilidade em expor não passou despercebida por aqueles que buscam prejudicar a imagem de um desafeto, pois, nas redes sociais, um simples boato pode vir a se tornar a ruína da imagem de alguém, antes mesmo do alvo dos boatos ficar sabendo.

1. Estudante do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Doutor em Ciência Jurídica na UNIVALI (2018), Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (2006), graduado em Direito pela Universidade Paranaense (1990) e professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

Uma denúncia falsa viralizada na internet pode ser propagada rapidamente causando diversas repercussões negativas à imagem da vítima de tais denúncias, entretanto, o caminho inverso não ocorre com tanta facilidade e a reparação da imagem é lenta.

Para abordar este assunto, o presente artigo foi organizado em três subtemáticas dispostas da seguinte forma. Na subtemática inicial, é apresentado o significado do *exposed*, sua origem, seus objetivos e os conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à honra, definindo ambos e relatando seus limites. Em seguida, na segunda subtemática será abordado os impactos dos *exposed* falsos nas redes sociais e diferenciando as práticas de relatos com as peculiaridades dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria). Finaliza com a descrição dos procedimentos iniciais que devem ser seguidos após um falso *exposed* e analisando casos midiáticos e seus desfechos.

Assim, a pesquisa discorre a respeito do direito à honra inerente ao ser humano e questiona quais mecanismos legais podem ser utilizados na situação de um *exposed* falso publicado contra a imagem de outrem. O presente estudo visa alertar em quais crimes os criadores e aqueles que compartilham uma denúncia falsa podem incorrer, orientar a vítima de denúncia a quais procedimentos tomar e apresentar as possíveis consequências de boatos falsos espalhados por meios virtuais. Consequentemente, se denúncias falsas estão se popularizando e prejudicando cada vez mais a honra de pessoas e simultaneamente manchando a imagem de movimentos sociais legítimos, é vital o aprofundamento nessa questão, buscando orientar e educar todos os envolvidos sobre as repercussões de um *exposed* falso.

1. O QUE É *EXPOSED*?

1.1 Origens do *exposed*

Nos dias atuais, a internet tornou-se uma ferramenta essencial para diversas camadas da sociedade. Além de facilitar e aumentar o desempenho de atividades profissionais e educativas, também deu voz a uma parcela até então não ouvida da população (SILVA; VIEIRA, 2020)

Parte integrante desta parcela são as vítimas de assédio e abuso sexual, que em 2017 receberam, graças ao movimento *Me Too*, a oportunidade de publicitar a relevância do tema em escala mundial, que pode ser sintetizado pela seguinte frase de uma das organizadoras do movimento: “Se todas as mulheres que foram vítimas de assédio sexual ou abuso escrevesse ‘*Me Too*’ em seu *status*, nós talvez daremos às pessoas uma noção da magnitude do problema” (KHOMAMI, 2017)[3].

Este movimento se espalhou pelo planeta originando suas versões locais fomentando a coragem deste grupo. No Brasil, o movimento *#exposed* ganhou grande atenção nas redes sociais denunciando os agressores, especialmente na plataforma Twitter. As denúncias eram efetuadas pelas próprias vítimas através da *hashtag exposed* ou então, enviadas a um perfil com este objetivo. Mesmo a maioria das denúncias não citando o agressor de forma direta, algumas foram além, citando o nome do agressor, bem como outras informações pessoais e detalhando a situação em que ocorreu a agressão (GERALDO, 2020).

3. “*If all the women who have been sexually harassed or assaulted wrote ‘Me too’ as a status, we might give people a sense of the magnitude of the problem*” (KHOMAMI, 2017, trad. livre).

Exposed em tradução literal significa expor, entretanto, o termo vem sendo adotado na internet para cunhar o ato de vítimas de abuso denunciarem seus agressores. O *exposed* tem como origem o movimento *Me Too*, “Eu Também” em tradução literal que se iniciou em 2006, criado pela norte-americana Tarana Burke (EVANS, 2020).

Tarana Burke, conceituada ativista dos direitos civis, atuante desde a década de 80, iniciou este movimento com o intuito de ajudar mulheres negras que sofreram violência sexual, cunhou o movimento *Me Too* para mostrar à essas mulheres que não estavam sozinhas pois outras haviam passado por situações semelhantes (EVANS, 2020). O *Me Too* ganhou maior notoriedade com o uso da *hashtag* pela atriz norte-americana Alyssa Milano que buscava dar voz as vítimas de assédio sexual após acusações contra o produtor de *Hollywood* Harvey Weinstein. Nas primeiras 24 horas, apenas no *Facebook* a *hashtag* recebeu mais de 12 milhões de reações e *posts* (GARCIA, 2017), pedindo que mais mulheres contassem suas experiências.

É neste contexto que em 2020 o movimento #*Exposed* tomou conta das redes sociais, principalmente o *twitter*, trazendo relatos de jovens que sofreram com assédios, relacionamentos abusivos e até mesmo estupros, de acordo com Ramos (2020, p.) “trazem relatos envolvendo colegas de escola ou bairro, professores, pessoas com quem as meninas e mulheres se relacionaram e abusos praticados por membros da família - na maioria dos casos, pessoas próximas”. Também eram relatadas as situações em que a violência ocorre dentro da própria residência da vítima sendo as agressões praticadas pelo parceiro, pois mesmo com a proteção da Lei Maria da Penha, a força do movimento incentivou mulheres nessas situações a se manifestarem, assim como afirma (SILVA; VIEIRA, 2020, p. 123):

> Em alguns casos a violência teria ocorrido no âmbito doméstico ou em qualquer relação afetivamente íntima em que as partes coabitavam. Justificavam a narrativa a partir da tutela prevista na Lei no 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual tipifica vários comportamentos que atingem a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da mulher.

Com o engajamento proporcionado pela popularidade do movimento, muitas mulheres se sentiram encorajadas e expor seus relatos pela primeira vez e outras quando perceberam que não estavam sozinhas como vítimas desse tipo de agressão (RAMOS, 2020), inclusive já gerando repercussões fora das redes, no âmbito criminal, com o registro de boletins de ocorrência (MESQUITA, 2020).

Embora o movimento com suas origens nobres tenha realmente trazido à luz diversos agressores, fazendo com que os mesmos sofressem punições no âmbito social (REDAÇÃO G1, 2020) e até mesmo criminal (ARAÚJO, 2020), isso não o isenta de pessoas mal-intencionadas que mancham o movimento com denúncias falsas.

Essas denúncias falsas, ainda que não judicializadas, causam um grande impacto em relação à imagem e honra da vítima que pode vir a perder o emprego e sofrer represálias no seu meio social (CARDOSO; MARQUES, 2017). Crimes sexuais normalmente geram uma comoção social maior (REDAÇÃO G1, 2017), e são amplificados com o alcance da internet, o que torna o falso *exposed* um risco para vida do acusado e de seus familiares (SMINK, 2019).

1.2 Objetivo do *exposed* e seu limites

O *exposed* tem como objetivo estimular as mulheres e mobilizá-las a expor casos em que foram vítimas de violência, conforme discute Geraldo (2020) “possuindo a

finalidade de mobilizar e conscientizar as mulheres, incentivando-as a expor casos de abusos, relacionamentos abusivos e violência com o princípio da dignidade da pessoa humana", servindo também como forma de amparo às mulheres vítimas de violência.

Entretanto, mesmo que sejam nobres e legítimas tais manifestações, ainda sim deve ser observado que o direito à liberdade de expressão não é preferencial *prima facie*, encontrando limites nos demais direitos da estrutura constitucional (BENTIVEGNA, 2019). Nesta mesma linha, o Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado nº 613, aprovado pela VIII jornada de direito civil, regula justamente que a liberdade de expressão não possui posição preferencial a nenhum direito de personalidade vigente em nosso ordenamento jurídico com a justificativa de que:

> Difundiu-se a tese de que a liberdade de expressão teria posição preferencial em colisões com outros direitos fundamentais, decorrente de sua estreita conexão com o princípio democrático. Efeito comumente extraído desta premissa é a primazia de soluções que permitam a divulgação ou mantenham em circulação a informação reputada lesiva a um direito (ex: retratação pública, direito de resposta, compensação pecuniária etc.). No entanto, os direitos da personalidade, que colidem frequentemente com a liberdade de expressão, também possuem elevado 'peso abstrato', em razão de sua conexão direta e imediata com a dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da República. Assim, revela-se arbitrária qualquer tentativa apriorística de privilegiar algum desses direitos. A relação de prevalência deverá ser determinada à luz de elementos extraídos do caso concreto. Assim, não devem ser excluídos meios de tutela que possam se revelar adequados à proteção do direito da personalidade lesado. Isto inclui a possibilidade de interromper a circulação de informações (ex: retirar das bancas revista que divulgue fotos íntimas de ator famoso) ou impedir sua publicação (ex: biografia que retrate a vida do biografado de maneira desconectada da realidade, relatando fatos comprovadamente inverídicos). Em determinados casos, chega-se a propor a limitação dos remédios disponíveis ao lesado à solução pecuniária (indenização). É de se recordar, porém, que o que a Constituição assegura a todo cidadão não é o direito a ser indenizado por violações à privacidade; é o direito à privacidade em si (BRASIL, 2018, p. 2).

O direito à liberdade de expressão, mesmo sendo norma constitucional, deve ser observado em consonância com o direito à honra, conforme destaca Bentivegna (2019, p.213) "é correto afirmar-se que nossa ordem constitucional pretendeu claramente que a liberdade de expressão fosse exercida sempre de modo compatível com o direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada – isto está explicitado no inciso X do art. 5º", explicitando ainda mais que ambos os direitos não possuem ordem hierárquica entre eles.

Constata-se então, que são estabelecidos limites ao *exposed*, mesmo que verdadeiro, podendo fazer com que o denunciante se torne denunciado caso aja desmedidamente, ultrapassando os limites da liberdade de expressão e avançando contra o também direito constitucional à honra. Lembrando que ocorre o agravamento das consequências do *exposed* quando este é falso, o que configura diversas modalidades de crimes previstas no código penal.

2. OS IMPACTOS LEGAIS DO *EXPOSED* FALSO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Conforme o entendimento de Nucci (2020, p. 184) a definição de honra "é a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua

respeitabilidade no seio social, na sua correção moral", sendo este direito inviolável conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5, X.

Ainda nesta linha, o conceito de honra segundo Bentivegna (2019, p. 107) "é dividido em duas acepções: uma interna ao titular, localizada no mais recôndito de suas afeições e sentimentos (honra subjetiva) e outra externa, espelhada através da comunidade em que vive o titular (honra objetiva)". Enquanto a honra subjetiva seria a autoestima, a dignidade e os valores que alguém guarda de si mesmo, a honra objetiva seria a reputação positiva que alguém possui na sociedade, seja profissional ou pessoalmente (BENTIVEGNA, 2019).

Um dos modos de execução dos delitos contra a honra é a ofensa indireta, praticada de forma maquiavélica, planejada e dúbia (NUCCI, 2020), de maneira que atinja a honra do ofendido. Normalmente o *exposed* falso possui caráter calunioso e difamatório pois, imputa à vítima falsamente um crime ou fato ofensivo à sua reputação, sendo a injúria praticada por aqueles que têm contato com a publicação.

Quando essas ofensas ultrapassam os limites que a vítima pode suportar, é justificável a punição do autor do fato, podendo ser configurado um dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro (BITENCOURT, 2020). Aquele que tem como objetivo atingir a honra da outra pessoa com um *exposed* falso, utilizará de qualquer manobra. Assim, dependendo do cenário, do local, momento e pessoas envolvidas, pode-se conhecer o intuito do agente e o conteúdo das ofensas (NUCCI, 2020). Em um ambiente como a *internet*, onde o que é publicado está exposto a milhões de usuários, não há como escapar das devidas consequências das ofensas proferidas.

2.1 Impactos penais do *exposed* falso – calúnia

O ato de caluniar é fazer uma acusação falsa, que tire a credibilidade do indivíduo do meio social em que o mesmo está inserido, com a exigência legal de que a acusação falsa realizada, seja de fato definido como crime (NUCCI, 2020, p. 188) ou seja, devem ser aplicadas as sanções do dispositivo legal apenas quando o *exposed* tratar daquilo que é previsto como crime na legislação brasileira, e devido sua pena, o crime de calúnia, é o mais grave entre os crimes contra a honra.

A calúnia tem previsão legal no Código Penal Brasileiro, em seu capítulo V, Artigo 138 (BRASIL, 1940):

> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
> § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
> § 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

A calúnia tem como bem jurídico tutelado a reputação do indivíduo no seio da sociedade, são protegidos seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos, profissionais (BITENCOURT, 2020), não podendo estes serem perturbados por um *exposed* falso, sem serem passíveis de incorrerem no crime.

Qualquer pessoa física imputável pode ser o sujeito ativo no crime de calúnia, diferentemente do sujeito passivo, que inclusive envolve a pessoa jurídica e os inimputáveis desde que tenham a capacidade para entender que a imputação efetuada é insultuosa (BITENCOURT, 2020)

Ainda na doutrina de Bitencourt (2020, p. 445) é possível extrair que para constituição do crime de calúnia, se faz necessária a presença de três requisitos "a)

imputação de fato determinado qualificado como crime; b) falsidade da imputação; c) elemento subjetivo — 'animus caluniandi' sendo estas obrigatórias pois, a ausência de qualquer um destes elementos não caracteriza a calúnia.

A imputação de fato determinado qualificado como crime não pode ser vaga, sendo exigida a imputação de fato criminoso específico, com algum detalhamento da situação em que ocorreu o suposto crime. Um *exposed* falso elaborado desta forma incidiria no crime de calúnia, de acordo com o entendimento de Bitencourt "a imputação deve referir-se a fato determinado, sendo insuficiente, por exemplo, afirmar que a vítima furtou. É indispensável individualizar as circunstâncias identificadoras do fato, embora não sejam necessários detalhes minuciosos" (2020, p. 444). Logo, para configurar o crime de calúnia, o falso *exposed* deve imputar fato determinado individualizando-o, mesmo que sem minúcias, não bastando a mera menção dele.

A presença da falsidade da imputação, também obrigatória, diz respeito a inveracidade do relato postado, além disso, conforme educa Bitencourt (2020, p. 446), "é necessário que qualquer pessoa, fora a vítima, tome conhecimento dessa imputação", não sendo suficiente que o relato seja direcionado apenas a vítima da calúnia.

Por fim, o elemento subjetivo — 'animus caluniandi', é obrigatório que o objetivo do autor do *exposed* tenha como objetivo caluniar a vítima assim como leciona Bitencourt (2020, p. 445) "é indispensável o propósito de caluniar. Todos os requisitos objetivos — descritivos e normativos — da calúnia podem estar presentes, mas, se não houver o animus caluniandi, não haverá crime". Como o *Exposed* tem como principal objetivo relatar uma situação de abuso e afins, o *exposed* falso dificilmente não preencherá este requisito.

O *exposed* possui suas origens no ato de denunciar crime de abuso (arts. 213, 214 e 217-A do Código Penal) ou assédio sexual (art. 216-A do Código Penal) praticados, conforme já citado no capítulo anterior, na situação de uma denúncia envolvendo qualquer um destes crimes ou outros que se enquadrem na legislação penal, estaria configurado o crime de calúnia (BRASIL,1940).

A calúnia apenas é consumada quando o falso relato chega a terceiro que não a vítima, sendo o suficiente uma pessoa estranha ao sujeito ativo e passivo. A atribuição falsa de fato criminoso dirigida diretamente à vítima configura injúria, pois ofendeu somente sua honra objetiva (NUCCI, 2020).

A pena de calúnia, conforme o Art. 138 do Código Penal (BRASIL, 1940) é de detenção de 6 meses a 2 anos e nos casos praticados em redes sociais incindia o aumento constante do Art. 141, III:

> Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
> III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Aumentando a pena em um terço, entretanto, com a recente aprovação da Lei nº 13.964 de 2019, também conhecida como pacote anticrime, foi adicionado ao artigo o parágrafo 2º que dispõe o seguinte: "Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena" (BRASIL, 2019). Triplicando a pena quando o crime for cometido no ambiente de redes sociais, torna-se evidente a preocupação das autoridades em coibir esta prática.

2.2 Impactos penais do *exposed* falso – difamação

O ato de difamar é degradar publicamente a reputação de um indivíduo no seio social, atribuindo a ele fato ofensivo (NUCCI, 2020). A difamação tem previsão legal no Código Penal Brasileiro, em sua parte especial, título I, capítulo V, Artigo 139: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa” (BRASIL, 1940).

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo no crime de difamação, sendo que para ser sujeito ativo, basta não possuir nenhuma condição especial e até mesmo os inimputáveis podem ser sujeitos passivos, desde que tenham discernimento de que estão sendo ofendidos em sua honra pessoal (BITENCOURT, 2020).

No sujeito passivo, tanto a pessoa física quanto a jurídica gozam da proteção de sua honra conforme entendimento de Bitencourt “as pessoas jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado podem ser sujeito passivo do crime de difamação” (2020, p. 462), por exemplo, uma empresa que vende seus produtos como veganos caso seja alvo de um *exposed* falso que diga que praticou testes em animais ou então, utiliza materiais provenientes de animais, especificando uma situação, tem sua honra manchada, mesmo que nenhum crime tenha sido praticado e está além de uma simples ofensa, concorrendo no crime de difamação.

Na difamação, não basta ser uma simples ofensa que gere um desconforto ou inconveniente, deve ser uma ofensa direta à honra da vítima, ofensa esta que deverá contar com dados descritivos como local, horário, pessoas envolvidas, entre outros (NUCCI, 2020), sem a necessidade do fato ser regulado como crime, diferenciando-se assim tanto da calúnia como da injúria. Outra característica que a diferencia da calúnia e da injúria, é que mesmo que verdadeira a imputação, o simples fato de atentar contra a honra, configura o crime (BITENCOURT, 2020), também sendo necessário que tal imputação chegue ao conhecimento de terceiros, pois como o bem jurídico tutelado é a honra do indivíduo na sociedade, a lesão somente ocorrerá quando alguém tomar ciência da imputação (BITENCOURT, 2020).

A pena de difamação, conforme o Art. 139 do Código Penal Brasileiro, é de detenção de 3 meses a 1 ano e multa, e nos casos praticados em redes sociais era aplicado o aumento disposto no Art. 141, III (BRASIL, 1940):

> Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
> III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Aumentando a pena em um terço, entretanto, com a recente aprovação da Lei nº 13.964, de 2019, também conhecida como pacote anti-crime, foi adicionado ao artigo o parágrafo 2º que dispõe o seguinte: “Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena” (BRASIL, 2019). Assim como no crime de calúnia, a pena é triplicada quando o crime de difamação for cometido no ambiente de redes sociais.

2.3 Impactos extrajudiciais do *exposed* falso – injúria

Conforme o Código Penal Brasileiro em seu artigo 140, injúria é “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro” e conforme já citado anteriormente, é o ato de ofender alguém de maneira vulgar (BRASIL, 1940).

Em casos de exposição pública, diversos são os comentários dos usuários das redes que, sem nenhuma confirmação, decide ofender a vítima do *exposed* falso, e

conforme lembra Nucci (2020, p. 200) “a injúria é a parte mais subjetiva da honra, pois atinge a autoestima da vítima; logo, depende de cada pessoa para se captar se houve, realmente, lesão à sua respeitabilidade e ao seu amor-próprio”.

Lembrando do ditado popular “pau que bate em Chico, não bate em Francisco” nem todas as pessoas são suscetíveis a se ofender com as mesmas ofensas. Uma modelo ser chamada de ‘feia’ possui um impacto muito maior do que a mesma ofensa desferida a um comediante.

O professor Nucci (2020, p. 202), ainda enfatiza que as pessoas que “comentarem aquele post ofensivo, dando sua concordância ou colocando mais termos ofensivos, são partícipes do crime contra a honra. Ou podem ser até mesmo coautores, visualizando o caráter permanente da infração penal”, estendendo o crime não só ao autor da postagem, mas também aos que comentam, agravando a situação.

3. PROCEDIMENTO PÓS EXPOSIÇÃO E O RISCO EM QUE A VÍTIMA É SUBMETIDA

3.1 Procedimentos iniciais após o falso *exposed*

A vítima de um falso *exposed* deve se dirigir à unidade policial mais próxima de sua residência para registrar a queixa contra o ofensor pois, salvo exceções, os crimes contra a honra são de ação penal privada, conforme regula o art. 145 do Código Penal Brasileiro: “nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal” (BRASIL, 1940).

A pena máxima possível para ser indiciado por um crime contra a honra é de 2 anos, sendo assim, seja qual for o crime praticado no *exposed* falso, este será de competência dos juizados especiais criminais, de acordo com a fundamentação dada pelos artigos 60 e 61 da Lei 9.099 (BRASIL, 1995):

> Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

A vítima do *exposed* falso deve apresentar provas em juízo para induzir o magistrado da veracidade do crime, convencendo-o de que o fato realmente ocorreu, (NUCCI, 2020), podendo ser apresentada de forma documental, que hoje em dia já ultrapassa a barreira do papel, conforme complemente Nucci (2020, p. 205):

> São documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, DVDs, pen-drives, e-mails, entre outros. Trata-se de uma visão amplificada do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista a evolução da tecnologia e, aos poucos, a substituição da estrutura material tradicional por outras inovadoras e que, igualmente, permitem a fixação de uma base de conhecimento.

Quando a ofensa é feita através de postagem da internet, é necessário além do *print* da postagem, que seja feita ata notarial da mesma por tabelião de notas, para obter a fé pública necessária ao documento, conforme explica SILVA *et al* (2020, p. 152), “a ata notarial se trata de um instrumento público, cuja competência para elaboração é exclusiva do tabelião de notas e que tem por objeto a narrativa de fatos que são lhes apresentados,

de forma imparcial". Dessa maneira, a ata notarial é essencial pois, como uma postagem pode ser excluída a qualquer momento devido o dinamismo da internet, a mesma carece de fé pública, neste contexto a ata notarial ajuda a garantir que este documento seja válido perante o juízo, conforme instrui (SILVA *et al*, 2020, p. 154):

> Os processos judiciais cujos fatos ou atos foram praticados por pessoa física ou jurídica e que ocorreram no âmbito da internet têm gerado um grande desafio para o sistema jurídico brasileiro, devido à volatilidade do material produzido, que pode a qualquer momento se perder. Nesse sentido a ata notarial tem obtido maior notoriedade e espaço como meio probante.

Após o registro da queixa, a autoridade policial deve lavrar termo circunstanciado, contendo informações a respeito da autoria e do crime, encaminhá-lo imediatamente ao Juizado Especial Criminal juntamente com o autor do fato e a vítima, providenciando as requisições dos exames periciais necessários. Caso o autor do fato for encaminhado imediatamente ao juizado ou assumir este compromisso, não incorrerá sobre o mesmo a prisão em flagrante nem a exigência da fiança, nos moldes do Art. 69 caput e em seu parágrafo único, da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Em audiência preliminar, será apresentada possibilidade de composição amigável com a reparação dos danos causados pelo autor do e*xposed* falso e proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade. Nesta audiência, estarão presentes o Ministério Público, autor do fato, vítima e seus advogados (BRASIL, 1995).

3.2 Casos relatados pela mídia e seus desfechos

Segundo dados da pesquisa *Digital 2020 Brazil*, realizada pela organização internacional *DataReportal*, atualmente a internet é utilizada por aproximadamente 150.4 milhões cidadãos brasileiros, e dentre esses, 140 milhões utilizam redes sociais (KEMP, 2020). Com este grande número de usuários, um *exposed* falso publicado em qualquer uma das redes sociais, pode gerar diversas consequências à vítima.

Os casos de crimes contra a honra praticados na internet já são inúmeros, cada qual com sua consequência na vida da vítima. Como o da universitária Izabela Stelzer, que no ano de 2016, sofreu com mentiras vinculadas a seu nome, em que o autor do fato informava que ambos tiveram relações íntimas (CARRARETTO; CARVALHO, 2017). Nessa situação, os danos foram apenas morais e a questão resolvida com um *post* público do autor dos fatos admitindo a mentira, segundo a notícia (CARRARETTO; CARVALHO, 2017). Este tipo de resolução chama-se retratação e ocasiona na extinção da punibilidade, conforme previsto no Código Penal Brasileiro em seu art. 107, VI.

A retratação nos casos de falsas acusações *online* pode também, a pedido da vítima, ser publicada nas redes sociais, conforme leciona Nucci (2020. p. 223) "pode o ofendido exigir que a referida retratação se dê pelos mesmos canais por onde foi divulgada a ofensa, sob pena de não produzir o efeito de extinção da punibilidade", tornando mais efetiva a reparação dos danos causados a imagem da vítima.

No caso de Adriana Machado Klein, no ano de 2018, foram compartilhadas mentiras de que ela e seu namorado eram sequestradores de crianças que atuavam no mercado de tráfico de órgãos. Conforme noticiado (ARAUJO, 2018), ela e a família, assustados com a repercussão dos boatos, decidiram passar um tempo na casa de parentes, inclusive com seu então namorado perdendo alguns dias de trabalho. Em uma visita a sua casa, Adriana também se assustou quando notou que sua casa havia sido

apedrejada, no entanto, devido a sua boa reputação no seio social, logo os boatos foram desmentidos e 2 suspeitos passaram a ser investigados (ARAUJO, 2018)

Com Rogério Ribeiro, motorista de aplicativo, a falsa acusação também ocorreu em 2018. De acordo com a notícia (OLVEIRA, 2020), a autora da falsa acusação, de 14 anos, relatou que o motorista havia a agredido, assediado e roubado seu aparelho celular para esconder de seus colegas que na verdade havia sofrido punições de seus pais por estar frequentando um bar, sem a sua permissão. O então motorista relata que ficou quase 15 dias sem sair de casa e resolveu parar de trabalhar como motorista de aplicativo, causando prejuízo direto à sua renda (OLIVEIRA, 2020). Nesta situação, tanto a autora dos fatos, representada pelos seus pais, quanto 2 pessoas que divulgaram as falsas acusações foram processadas e condenadas ao pagamento de indenização (OLIVEIRA, 2020).

Alguns, no entanto, não possuem a mesma 'sorte' que os casos relatados acima, e além dos prejuízos financeiros e morais, pagam com a própria vida por tais mentiras disseminadas na internet. O caso do linchamento da dona de casa Fabiane Maria de Jesus, morta aos 33 anos de idade, na cidade de Guarujá/SP é um exemplo disso. Segundo o que foi noticiado (D'AGOSTINO, 2017), uma página em uma rede social postou a falsa notícia a respeito de sequestros de crianças usadas em rituais de magia negra com 2 retratos falados. Fabiane foi confundida com os retratos falados pelos moradores da região e agredida até a morte (D'AGOSTINO, 2017).

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A escolha do tema se deu por conta do interesse do autor sobre o assunto, uma vez que se observa uma massiva atenção da mídia e da população sobre os casos de celebridades que são expostas na internet, contando com milhares de compartilhamentos nas redes sociais. Existe certa escassez de estudos científicos brasileiros relacionados especificamente ao *exposed* falso e suas repercussões, indicando uma necessidade de aprofundamento desta temática na área do Direito.

A abordagem da pesquisa é qualitativa, que segundo Minayo (2001, p.22), "aprofunda-se no mundo dos significados das ações e relações humanas, um lado não perceptível e não captável em equações, médias e estatísticas", visto que não tem como pretensão quantificar os dados obtidos. Ademais, a pesquisa qualitativa preocupa-se em analisar e descrever de maneira sistemática determinados fenômenos, sendo abordagem característica das ciências sociais (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009).

O presente estudo é do tipo bibliográfico, uma vez que as fontes pesquisadas são materiais que foram elaborados, ou seja, que passaram por um trabalho de análise, como os livros, doutrinas, periódicos, jornais, artigos, enciclopédias, entre outros (GIL, 2002). De acordo com o autor supracitado (2002), este tipo de pesquisa tem grandes vantagens visto que o pesquisador tem acesso a uma variedade de informações que não teria pesquisado de forma direta.

Considerando que esta pesquisa se propõe a estudar leis do ordenamento jurídico brasileiro e notícias de portais de informação online, também se enquadra em uma pesquisa do tipo documental. Segundo Gil (2002), a pesquisa documental tem como objetivo estudar fontes que não foram analisadas anteriormente (materiais de primeira mão) como os documentos, fotos, regulamentos, leis, notícias; e fontes que já receberam tratamento analítico, mas que podem ser novamente analisadas (materiais de segunda mão) como relatórios, tabelas, gráficos, entre outros.

O método científico corresponde a um “conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento” (GIL, 2002, p. 8). Assim, o presente estudo foi realizado a partir do método indutivo, uma vez que parte de questões particulares para gerais. Conforme Gil (2002, p. 9), entende-se que

> Nesse método, partimos da observação de fatos ou fenômenos cujas causas desejamos conhecer. A seguir, procuramos compará-los com a finalidade de descobrir as relações existentes entre eles. Por fim, procedemos à generalização, com base na relação verificada entre os fatos ou fenômenos.

Dessa forma, o presente artigo foi descritivo pois, segundo Trivinõs (1987, *apud* SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009, p. 35), “esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade”, trazendo de forma detalhada o fenômeno de grande relevância social e jurídica que se propôs a investigar.

Portanto, entende-se que é preciso uma maior atenção para realizar o enlaçamento entre as informações coletadas do material analisado e a temática abordada na pesquisa, buscando responder as perguntas e questões já levantadas. Assim, a pesquisa visa investigar o *exposed* falso e suas repercussões jurídicas à luz da legislação penal brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que surgiu, o *exposed* tem sido uma ferramenta importante na divulgação de casos de assédio sexual, entretanto, tem sido utilizada também para atacar a imagem de desafetos imputando-lhes falsamente situações negativas. Grande parte do problema, é que tanto a vítima quanto o ofensor podem não saber que tais atitudes são crimes, legislados pelo Código Penal Brasileiro, fazendo com que tais ataques contra a honra continuem acontecendo e permanecendo impunes.

Qualquer um pode ser alvo de um *exposed* falso, porém, o tratamento dado a esta denúncia é diferente entre as celebridades e os desconhecidos. O impacto causado midiaticamente à notícia de uma celebridade denunciada é muito maior, entretanto, igualmente maior é a condição desta celebridade provar sua inocência diante do público, enquanto o desconhecido arca com essas consequências por muito mais tempo.

Com o recente aumento de denúncias às personalidades se provando eficazes para punir abusadores e a opinião pública dando grande apoio a estes movimentos, algumas pessoas mal-intencionadas decidiram utilizar a internet, por sua facilidade na disseminação de notícias, para prejudicar a imagem de desafetos, sem medir que as consequências de denúncias falsas podem vir a ser judicializadas, inclusive criminalmente.

O problema não passou despercebido pelas autoridades que aumentaram a pena para os crimes contra a honra cometidos por meio da internet. As denúncias daqueles expostos falsamente, quando efetivadas, tem surtido efeito, o que estimula as vítimas a buscarem as autoridades competentes. Das matérias jornalísticas citadas neste artigo, é possível extrair que as consequências de simples boatos na internet podem ser maiores que o imaginado pelo autor destes, inclusive quando se trata do processo penal em que pode ser envolvido.

A importância do bem jurídico tutelado honra deve ser preservada e os ataques a ela combatidos para evitar que as consequências ao falso denunciado se prolonguem por

muito tempo, assim, reduzindo os impactos dos danos causados e punindo o causador do dano de modo que seja educado e não volte a cometer tais infrações penais.

Assim, conclui-se que a vítima de um *exposed* falso possui mecanismos legais para se defender de atentados à sua honra, porém, é necessário também a disseminação destes mecanismos para que mais vítimas possam ser amparadas e haja a concientização dos agressores para que não cometam estes crimes pois, mesmo que seja inerente da cultura popular brasileira que “mentir é errado”, falsas denúncias possuem consequências muito mais graves que uma simples mentira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Glauco. Ex-BBB Felipe Prior vira réu em processo de estupro em São Paulo **G1 São Paulo**. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/01/ex-bbb-felipe-prior-vira-reu-em-processo-de-estupro-em-sao-paulo.ghtml. Acesso em: 28 mar. 2021.

ARAÚJO, Luiz Antônio. Como acusação falsa no WhatsApp abalou a vida de uma técnica de enfermagem gaúcha. **BBC Brasil.** 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226327. Acesso em: 04 abr. 2021.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade:** os limites entre o lícito e o ilícito. Barueiri: Editora Manole, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/. Acesso em: 30 mar. 2021

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal 2 - parte especial:** crimes contra a pessoa. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em abril 2021.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: em 8 out. 2020.

BRASIL. **Lei de Juizados Especiais.** Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

CARDOSO, Paulo Henrique; MARQUES, Ariane. G1 - Região dos Lagos. 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2017/04/multidao-cerca-carro-e-tenta-linchar-casal-suspeito-de-sequestrar-crianca.html. Acesso em 21 mar. 2021.

CARRARETTO, Glacieri; CARVALHO, Elis. **G1 - Espírito Santo**. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/universitaria-vitima-de-boato-na-internet-diz-

que-teve-a-honra-de-volta-apos-decisao-da-justica-no-espirito-santo.ghtml. Acesso em: 21 mar. 2021.

D'AGOSTINO, Rosanne. Três anos depois, linchamento de Fabiane após boato na web pode ajudar a endurecer lei. **G1 - São Paulo**. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/tres-anos-depois-linchamento-de-fabiane-apos-boato-na-web-pode-ajudar-a-endurecer-lei.ghtml Acesso em 16 mar. 2021.

EVANS, Alyssa. *#MeToo*: A *Study* on *Sexual Assault* as *Reported* in the *New York Times*. **Occam's Razor.** v. 8. p. 11-17. 2018. Disponível em:https://cedar.wwu.edu/orwwu/vol8/iss1/3/. Acesso em 20 abr. 2021.

GARCIA, Sandra E.. The Woman Who Created MeToo Long Before *Hashtag*s. The **New York Times.** 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/10/20/us/me-too-movement-tarana-burke.html. Acesso em 10 abril 2021.

GERALDO, Nathalia. Movimento #Exposed: mulheres expõem casos de assédio e estupro no Twitter. **UOL.** 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/01/elas-se-calaram-agora-expoem-casos-de-assedio-e-estupro-no-twitter.htm. Acesso em 19 abr. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 176 p.

KEMP, Simon. Digital 2020 Brazil. **DataReportal**. 2020. Disponível em: https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil. Acesso em 25 abr. 2021.

KHOMAMI, Nadia. **#MeToo: how a *hashtag* became a rallying cry against sexual harassment**. The Guardian. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/oct/20/women-worldwide-use-hashtag-metoo-against-sexual-harassment Acesso em: 22 nov. 2020.

MESQUITA, Naiane. Vítimas de abuso relatam crimes nas redes sociais e levantam o debate sobre a violência contra a mulher. **Correio do Estado**. 2020. Disponível em: https://correiodoestado.com.br/correio-b/vitimas-levantam-debate-sobre-a-violencia-contra-a-mulher/372971. Acesso em 20 mar. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal** - Parte Especial. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 2v. 710 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989286/. Acesso em: 20 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática forense penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991401/. Acesso em: 07 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza.. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993627/. Acesso em: 25 mar. 2021.

OLIVEIRA, Danielle. Pais de adolescente que postou fake news sobre ter sido agredida por motorista de app devem indenizá-lo, em Rio Verde. **G1 - Goiás**. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/08/05/pais-de-adolescente-que-postou-fake-news-sobre-ter-sido-agredida-por-motorista-de-app-devem-indeniza-lo-em-rio-verde.ghtml. Acesso em 10 abr. 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de Freitas. **Metodologia do trabalho científico:** método da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Novo Hamburgo. Feevale. 2013. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em 27 mar. 2021.

RAMOS, Raphaela. #Exposed: mulheres usam Twitter para relatar casos de assédio e violência ocorridos no Brasil. **O Globo.** 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/celina/exposed-mulheres-usam-twitter-para-relatar-casos-de-assedio-violencia-ocorridos-no-brasil-24460596. Acesso em 18 abr. 2021.

REDAÇÃO G1. PC Siqueira é investigado após vazamento de mensagens e acusações de pedofilia; youtuber diz ser 'mentira'. **G1.** 2020. Disponível em https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2020/06/15/pc-siqueira-e-investigado-apos-vazamento-de-mensagens-e-acusacoes-de-pedofilia.ghtml. Acesso em: 18 mar. 2021.

SILVA, Rosane Leal; VIEIRA, Ingra Etchepare. O movimento “exposed” no contexto da sociedade em rede: tensões entre as narrativas de abusos sofridos por internautas e o direito ao esquecimento dos supostos ofensores. In: Direitos humanos e vulnerabilidades. Org. VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Cláudio Macedo de. Florianopólis: Habitus Editora, 2020, p. 117 - 132. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/noticias/quem-cancela-cultura-do-cancelamento/ Acesso em 10 maio 2021.

SILVA, Cid Silveira da *et al*. A Ata Notarial e os Possíveis Riscos à Segurança Jurídica em Tempos de Fake News. **Interfaces Científicas - Direito.** Aracaju. v. 8, n. 2, p. 149 - 161. 2020. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/8502/4074. Acesso em: 15 mar. 2021.

SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. A pesquisa científica. *In*: Tatiana Engel GERHARDT; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. 120 p.

SMINK, Veronica. Linchamento do pai de um jovem falsamente acusado de estupro comove Argentina. BBC Argentina. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47762865. Acesso em: 10 maio 2021.

A LGPD E OS IMPACTOS NA RELAÇÃO CONSUMIDORES E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

João Carlos Fumagalli[1]
Albano Francisco Schmidt[2]

Resumo: O presente estudo visa analisar os impactos que a LGPD poderá causar na relação das instituições financeiras e o consumidor. A metodologia utilizada baseou-se na coleta de dados por meio de artigos científicos e de revisão bibliográfica, com a utilização do método dedutivo-dialético. O objetivo é apontar quais são os impactos que a LGPD causará nas instituições financeiras e quais os impactos que os consumidores sofrerão. Para tal desiderato será abordada a Lei 13.709/2018, que entrou em vigor em agosto de 2018, bem como o direito fundamental à privacidade. A contribuição deste artigo, portanto, destina-se a entender melhor como operam as instituições financeiras e o tratamento dos dados pessoais.

Palavras-chave: LGPD; Instituições Financeiras; Dados Pessoais

INTRODUÇÃO

Com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil passou a integrar o grupo de países com legislação própria sobre o tema, ganhando maior relevância no cenário mundial. Sancionada em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados LGPD, lei federal número 13.709, trata sobre a proteção de dados pessoais e modifica o Marco Civil da Internet, lei federal número 12.925 de 2014 a qual determina princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Com os surgimentos das leis foram esclarecidos alguns conceitos, forma de regulamentação e fiscalização em sua forma mais abrangente e inédita.

Criada com reflexos na Lei de Proteção de Dados Europeia (GPDR), a LGPD no Brasil surge com o objetivo de determinar a forma como deve ser dirigido o tratamento de dados, sendo ele pessoal ou sensível, sempre observando a proteção dos direitos individuais de seu titular.

Apesar de sua aplicação ampla, como próprio nome diz geral, caberá, a este artigo a fazer um recorte reflexivo acerca da relação existente entre a LGPD e a recuperação de crédito.

A formulação da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil trouxe um escopo diferente ao cenário regulatório. Embora o Brasil tenha promulgado leis que regulamentam a proteção de dados, setores como o financeiro já contam com um ambiente de proteção sólido.

O Banco Central define o sistema financeiro como uma coleção de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam transferir recursos de entidades econômicas excedentes (pessoas, empresas e governos) superavitários para os deficitários.

O setor financeiro é composto por instituições do mercado monetário, mercado de crédito, mercado de capitais, instituições de câmbio e, mais recentemente, também as *fintechs*. Essas por último possui abreviação para *financial technology* (tecnologia financeira, em português). Ela é usada para se referir a *startups* ou empresas que desenvolvem produtos financeiros totalmente digitais, nas quais o uso da tecnologia é o principal diferencial em relação às empresas tradicionais do setor.

1. Acadêmico de direito na Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina – UniSociesc.
2. Prof. Dr. Albano Francisco Schmidt.

Apesar dos benefícios para os clientes, muitas empresas do mercado financeiro temem os impactos que a nova legislação pode causar aos negócios. Assim o presente estudo fará uma breve perspectiva de “Como as instituições financeiras terão que lidar com os dados dos clientes bem como garantir a segurança no armazenamento e uso dessas informações.”

Por conta disso o objetivo do presente estudo reside em analisar os impactos que a LGPD poderá causar na relação das instituições financeiras e o consumidor.

1. DADOS PESSOAIS, DADOS ANÔNIMOS E DADOS SENSÍVEIS

A definição de dado pessoal pode influenciar o equilíbrio de poder entre o cidadão e aquele que coleta e utiliza seus dados.

Quase ao contrário da ideia de identificação, os dados anônimos referem-se a dados sobre pessoas não identificadas - como dados estatísticos. Os dados anônimos, mesmo que envolvam uma pessoa (ou grupo de pessoas), não permitem a identificação do seu titular.

Existe também a necessidade de definição dos “dados sensíveis”, que são dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular – por se referirem, por exemplo, à opção sexual, convicções religiosas, filosóficas ou morais, ou opiniões políticas. Os dados sensíveis, pelo potencial discriminatório que apresentam, de acordo com a proposta em questão, deveriam ser protegidos de forma mais rígida.

No mesmo sentido, existe a possibilidade de dados biométricos receberem a mesma proteção relegada aos dados sensíveis, dadas as suas características – não poderem ser desvinculados do seu titular.

O Artigo 7 da LGPD fornece dez premissas claras para o processamento de dados, o que significa que o processamento de dados só pode ser realizado legalmente dentro desses regulamentos.

A primeira suposição é obter o consentimento do titular (inc. I). De acordo com a própria definição da lei, consentimento é “uma manifestação livre, informada e clara do consentimento do titular em tratar seus dados pessoais para um fim específico” (art. 5º, inc. XII).

Para obter o consentimento, ele deve ser livre, informado, claro, específico e explícito, a fim de expressar claramente a vontade do titular (artigo 8º). Na forma escrita, os termos ou cláusulas devem ser destacados de outras formas, para garantir que o titular compreende a finalidade específica para a qual os dados são fornecidos (art. 8º, §4º)

A segunda autorização é para o controlador cumprir as obrigações legais ou regulatórias (inc. II). Se tal lei ou comportamento normativo for imposto no lugar do tratamento, ainda é possível usá-lo no caso de uma ordem de tratamento (seja para o fornecimento, integridade ou modificação de dados pessoais), caso uma escolha discricionária das empresas ou agentes.

A terceira base legal é a implementação de políticas públicas (inc. III). Não se aplica às sociedades em geral e aos agentes de transformação, mas apenas aos departamentos da administração pública. Deve sempre respeitar a adequação da política pública a ser implementada, e cumprir o disposto no Capítulo IV da Lei, que regulamenta a utilização de dados pessoais por órgãos públicos.

A quarta hipótese é a de estudos e pesquisa.

Nesse caso, o anonimato dos dados pessoais será garantido tanto quanto possível, garantindo que os dados não possam ser associados ao indivíduo por criptografia ou outros meios.

No que diz respeito à pesquisa em saúde pública, os dados serão processados estritamente de acordo com o propósito da pesquisa e devem ser armazenados em um ambiente controlado e seguro de acordo com as práticas de segurança estipuladas em regulamentos específicos e, quando possível, incluir anonimização ou pseudonimização dos dados. (art. 13).

A quinta e sexta premissas são semelhantes e são válidas para a execução de contratos (inc. V) e procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais (inc. VI). Além do cumprimento de obrigações legais ou regulamentares, o tratamento de dados pessoais para fins específicos será autorizado em caso de ordem judicial, lei, procedimento ou execução de contrato.

A sétima autorização envolve a proteção da vida ou da segurança pessoal do titular (inc. VII). Bastante especial, está relacionado com o estado de necessidades do titular. O exemplo mais comum é acessar o telefone celular ou arquivos de um indivíduo em caso de acidente para se comunicar com familiares, ligar para um plano de saúde ou chamar uma ambulância.

A oitava hipótese após a alteração da Lei nº 13.853/19 é a vigilância sanitária (inc. VIII). Exceto para o efeito claramente descrito nas disposições legais, este pressuposto não é utilizado para outros fins, nomeadamente procedimentos realizados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridades de saúde. Enfatizar a "exclusividade" é importante para evitar os interesses de entidades como farmácias, segurados de planos de saúde e hospitais, que podem infringir a privacidade de dados sensíveis relacionados à saúde do titular.

Entre todos os fundamentos jurídicos, a nona e incontestável disputa é o interesse legítimo do controlador (inc. IX). Essa base legal não está disponível na legislação brasileira, mas é amplamente utilizada em outros países, além do Brasil. Ela autoriza o controlador a processar dados pessoais para diversos fins sem o consentimento de todos.

Ainda assim, para usar esse pressuposto, é necessário avaliar a relação entre os interesses da empresa no processamento de dados e as expectativas razoáveis do titular dos dados, bem como seus direitos e liberdades fundamentais. Por este motivo, a base jurídica é bastante abstrata e incerta, podendo representar um certo risco tanto para o responsável pelo tratamento como para o titular dos dados, uma vez que ambos estarão sujeitos a este teste de proporcionalidade.

No entanto, por facilitar os procedimentos de legalização do processamento de dados, os direitos legais sempre foram a base jurídica mais utilizada pelas grandes empresas que processam grandes quantidades de dados.

Por fim, a décima e última autorização legal envolve a proteção ao crédito (inc. X). Esta é uma garantia aos órgãos tradicionais de proteção ao crédito, para que possam incluir dados pessoais do consumidor nos cadastros ativos sem o consentimento do titular do cadastro. A base legal é uma garantia que transcende o indivíduo e beneficia toda a comunidade. No caso de compartilhamento ou transmissão de tais dados, os agentes devem obedecer ao pressuposto de legítimo interesse ou consentimento, desde que ultrapassem o escopo da proteção estrita de crédito.

Nenhum pressuposto jurídico é mais prevalente do que outros, pelo que é sempre necessário encontrar a base jurídica mais adequada para o funcionamento do controlador. Diante disso, é importante que as empresas que processam dados pessoais nas operações ajustem imediatamente seus procedimentos internos e políticas de *compliance* para cumprir a legislação e garantir a regularidade das suas operações de tratamento.

2. A SEGURANÇA DOS DADOS NA ERA DO *PIX*

Na era da Internet, onde os fluxos de informações e cotações são enormes e rápidos, a negociação exige agilidade e as vantagens do sistema de pagamento PIX não se limitam à capacidade de simplificar as transações comerciais.

O Sistema de Pagamentos Instantâneos (PIX) foi criado pelo BCB nº 1 em 12 de agosto de 2020. Está em linha com a agenda do BC, está em pleno funcionamento desde novembro de 2020 e promove a forma como os brasileiros pagam contas e realizam transferências eletrônicas de recursos.

O PIX permite transferências e pagamentos pessoais 24 horas por dia, 7 dias por semana instantâneos e gratuitos. De acordo com o Banco Central do Brasil, isso significa que, ao contrário dos pagamentos via TED, DOC ou boletos bancários, os pagamentos podem ser feitos a qualquer dia e a qualquer hora, e os fundos serão creditados na conta do destinatário em menos de um minuto.

Os pagamentos são feitos por meio da leitura do código QR (*Quick Response Code* - Código de resposta rápida) e da chave PIX de repasse, cadastrada por instituições financeiras e de pagamento (inclusive *fintechs* - empresas de tecnologia financeira), podendo ser CPF (ou CNPJ), e-mail ou telefone do usuário. Utilizando a chave PIX, as transações podem ser realizadas sem a notificação dos dados do beneficiário (CPF, nome, agência, banco e conta), não sendo necessário aguardar o próximo dia útil para liquidação.

Atualmente, a economia brasileira está experimentando o pagamento instantâneo de contas e transferência instantânea de recursos; fornecimento de produtos e serviços para quem não tem cartão de crédito; concluindo aquisições e cobranças em um tempo mais curto sem esperar pela liquidação do pagamento; reduzindo custos de transação para varejistas *e-commerce*; melhorar a conformidade do consumidor com banco digital e tecnologia financeira; entre outros benefícios.

Neste contexto é imprescindível lembrar que pagamentos via internet envolvem transferência de dados pessoais (incluindo informações bancárias) e, portanto, a segurança dos dados não pode ser deixada de lado.

De acordo com o BACEN (Banco Central do Brasil), o qual possui autonomia nas suas funções e não é subordinado a outro órgão público e também possui a responsabilidade por garantir que a economia brasileira fique estável, regulando o sistema financeiro e mantendo o poder de compra da moeda do país, o Real, ressalta que a segurança faz parte do desenho do PIX. Todas as transações ocorrem por meio de mensagens assinadas digitalmente, criptografadas e em rede protegida.

As informações trafegadas ficam protegidas pelo sigilo bancário, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados, as instituições que coletarem e tratarem dados pessoais poderão ser responsabilizadas por mau uso, além da finalidade da coleta, fraudes, perdas ou extravio decorrentes da falta de segurança da informação. Se, por um lado, cabe às instituições financeiras e BACEN garantir a segurança dos dados, em contrapartida, é importante que o consumidor conheça seus direitos, no que tange ao tratamento dos seus dados, e atente para não ser alvo de fraudes e crimes cibernéticos.

Segundo Nicole Katarivas e Raquel Lamboglia Guimarães (2021), com o grande alvoroço que o PIX vem causando, o cadastro da chave PIX já foi alvo de ataques na internet com o objetivo de coletar dados pessoais por "*phishing*". Estes ataques simulam o contato de bancos com os usuários através de e-mails, campanhas ou links falsos, para

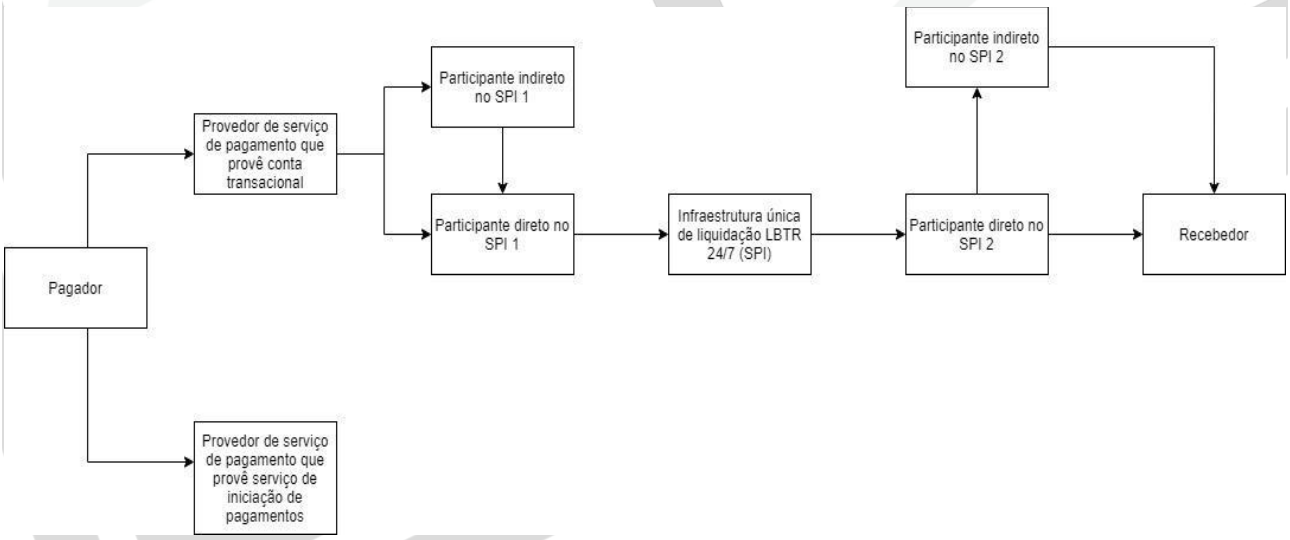
induzi-los a fornecer os seus dados ao falso cadastro. Em posse dos dados pessoais, os golpistas realizam transações financeiras em nome do titular dos dados.

Cabe destaque também há outros ataques envolvendo coleta indevida de dados como o contato por falso funcionário da instituição financeira, clonagem da conta do *WhatsApp*, golpe do cartão de crédito clonado, golpe do boleto falso, entre outros.

A fraude e o crime cibernético estão se tornando cada vez mais complexos, o que exige que as empresas invistam mais em tecnologia e segurança da informação e, o mais importante, precisam cumprir os termos da LGPD. No entanto, para garantir a segurança e privacidade dos dados pessoais, instituições, usuários e autoridades públicas devem estar envolvidos. As instituições que controlam os dados são obrigadas a fornecer informações suficientes aos seus clientes; para os usuários, eles entendem seus direitos e exigem transparência na assinatura de contratos de serviços ou produtos; e, para as autoridades públicas, é mais rigoroso para coibir o cibercrime.

No processo de pagamento por meio do PIX, o participante direto representa a instituição financeira ou de pagamento que fornece ao usuário uma conta de negociação, e o usuário possui uma conta no banco central e está conectado à infraestrutura de liquidação centralizada. Os participantes indiretos são instituições financeiras ou de pagamento que fornecem contas de negociação aos usuários, mas não têm contas no banco central ou não estão conectadas à infraestrutura de liquidação centralizada. Eles devem se estabelecer por meio de participantes diretos. Por outro lado, um provedor de iniciação de pagamento é uma instituição que usa a conta de transação de um usuário mantida em uma instituição financeira ou de pagamento para fornecer serviços de pagamento.

Figura 1 - Fluxo de pagamento via PIX



Fonte: autoria própria.

SPI - Sistema de Pagamentos Instantâneos
LBTR - Liquidação Bruta em Tempo Real.

3. O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS

A LGDP estipula que as empresas devem seguir certos princípios de privacidade ao processar dados pessoais de clientes. Além disso, a empresa é responsável por garantir a segurança dos dados e relatar quaisquer incidentes às agências reguladoras. Dependendo do evento, a empresa deve se comunicar com o dono das informações.

A LGDP também será aplicada às empresas estrangeiras com sede no país e vice-versa, nesse sentido Juliana D'Macedo (*in* MILARE, 2020), alerta que os dados sejam tratados no Brasil ou sejam de brasileiros. O órgão regulador pode solicitar relatórios de risco de privacidade para garantir que a empresa está tratando os dados internamente. Em caso de descumprimento, a empresa está sujeita a penalizações de 2% do faturamento bruto ou até R$ 50 milhões por infração.

Uma pesquisa (FUMO *et alli*, 2019) realizada pelo Serasa Experian, revela que 85% das empresas ainda não estão prontas para atender às exigências da LGDP. Apenas 24% das entrevistadas acreditam que estarão adequadas em até um ano e 3,7% afirma que precisa de mais de dois anos para se adequar.

A pesquisa também coletou dados sobre as expectativas da empresa sobre o impacto na legislação. Aproximadamente 73% dos entrevistados esperam ter um impacto muito significativo na infraestrutura de TI atual.

As instituições financeiras são uma das empresas mais afetadas, afinal os dados dos clientes são essenciais para o funcionamento dos vários negócios, estes dados só podem ser utilizados para fins específicos, devendo as empresas esclarecer onde e como os utilizam. Embora já tenha uma arquitetura de segurança mais forte para lidar com dados confidenciais, ainda recomenda que as instituições do setor de pagamentos trabalhem em duas áreas: jurídica e técnica, com o objetivo de conscientizar o usuário e esclarecer possíveis alterações e possíveis alterações. Responsabilidades das partes envolvidas.

4. OS IMPACTOS DA LGPD NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Para LGPD, as informações bancárias só podem ser processadas pela empresa com o consentimento do usuário.

De acordo com a legislação brasileira, além de sua autorização para o processamento de dados, a empresa também deve esclarecer suas políticas de privacidade e uso de dados. Para entender o possível impacto da regulamentação do uso de dados, em 2018, o Brasil perdeu 32,4 bilhões de reais com os crimes cibernéticos. Este é um dos principais "mercados" para o crime cibernético, ao lado da Rússia, Coréia do Norte, Índia e Vietnã. Os principais alvos dos ataques são bancos, principalmente sites falsos, *malware* (abreviação de "*software* malicioso" - refere-se a um tipo de programa de computador desenvolvido para infectar o computador de um usuário legítimo e prejudicá-lo de diversas formas), clone de cartões e roubo de dados. Ao contrário do que as pessoas pensam, a maioria desses ataques ocorreu no país. Parte da razão para o grande número de ataques é que existem muitas lacunas na legislação brasileira sobre o uso da Internet e segurança de dados.

Portanto, a eficácia do LGPD significa que o nível de segurança dos usuários é aprimorado. Isso porque a lei estipula o controle do processo utilizado nos diversos processamentos de dados.

Os principais impactos que a lei pode ter nas instituições é abordado a seguir.

4.1 Impacto Financeiro

Não há dúvida de que o primeiro impacto está relacionado às multas que a empresa pode sofrer. É necessário redobrar os esforços para armazenar e processar os dados pessoais dos clientes para evitar penalidades para a empresa. Ter profissionais, equipes ou terceiros especializados no processo de adaptação, e até mesmo fiscalizar o processo posteriormente, é fundamental para garantir o cumprimento da legislação pela empresa. A abordagem acima requer investimento. De acordo com uma pesquisa no site "*Netsparker*", pelo menos um terço das empresas americanas afetadas pelo GDPR (é uma sigla em inglês que significa General Data Protection Regulation, ou, em português, Regulamentação Geral de Proteção de Dados) contratou em média 6 (seis) novos funcionários.

Além disso, o *IAPP-EY Annual Privacy Governance Report* 2019 constatou que 72% das empresas americanas e europeias têm um *Data Protection Officer (DPO)* - definido como encarregado dos dados pela LGPD, o custo desses profissionais é de aproximadamente £ 4.000 (R$ 27.000,00) por mês no Reino Unido e no Brasil, o salário médio é de cerca de R$ 18.000,00. Valores estes atualizados em 9 de abril 2021.

As instituições atuantes no mercado financeiro deverão abordar a LGPD como uma prioridade. Afinal, as consequências jurídicas do descumprimento dessa legislação incluem multas e até mesmo a suspensão parcial ou total de suas atividades. Fora isso, também responde judicialmente outras violações previstas em lei.

Além disso, as penalidades financeiras podem prejudicar a reputação e a confiança dos consumidores. A notoriedade no mercado e o relacionamento com os clientes é um recurso importante no mundo financeiro e precisa ser protegido.

4.2 Danos à Imagem da Empresa

As empresas que são vistas como não cuidando dos dados pessoais de seus clientes são prejudiciais à sua imagem. O cliente perdeu a confiança na organização, parou de fazer negócios com a empresa e não a recomendou.

A LGPD trouxe muitas inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a novidade no tratamento da responsabilidade do órgão: o controlador e o operador dos dados pessoais. Embora muitas dessas mudanças não sejam apenas populares, mas necessárias, outras podem explicar demais o assunto.

Sobre a questão do dano moral, a LGPD não inovou, afirmando o seguinte no caput de seu artigo 42:

> O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

É de notar que as disposições da LGPD estipulam o direito à indenização por danos morais coletivos. O parágrafo terceiro do mesmo artigo estipula claramente a proteção coletiva dos danos coletivos, materiais ou morais: O contencioso de indemnização coletiva para efeito das responsabilidades previstas neste artigo pode ser exercido coletivamente em juízo, observadas as disposições legais. Nesse caso, deve ser analisado o artigo 44 da LGPD, que dispõe:

> Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - O modo pelo qual é realizado;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.
> Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

Nota-se que o caput do art. 44 da LGPD conceitua o que é "tratamento irregular", caracterizado quando o agente de tratamento: “(i) não obedece a legislação ou não fornece a segurança esperada pelo titular dos dados”. Portanto, a responsabilidade está estipulada no parágrafo único do artigo 44 da LGPD, onde não se deve a irregularidades, pois os fatores que as configuram não são os fatores das características de responsabilidade especificados neste parágrafo.

Portanto, considerando a boa capacidade de interpretação e a descoberta do conceito de processamento irregular no capítulo jurídico intitulado "Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos", e a LGPD não utilizou o conceito de "processamento irregular" em quaisquer outras circunstâncias, alguém pode perguntar se a LGPD está criando oportunidades de compensação para o tratamento irregular de dados pessoais.

Ressalte-se que, se houver, esta responsabilidade isenta os dados pessoais do titular de infringir efetivamente, e é suficiente para configurá-la como um risco a que os titulares ficaram expostos pelo agente de tratamento não ter tomado as medidas de proteção aos dados previstas no artigo 46 da LGPD, ou mesmo ainda apenas por não oferecer a segurança aos dados pessoais esperada pelo titular.

4.3 Da Possibilidade de Excluso de Dados

As instituições financeiras têm lidado com consulta e análise de dados. Algumas dessas análises são exigidas por outras empresas e algumas são exigidas pelos próprios clientes. Claro, essas informações serão registradas no banco de dados da organização e podem ser utilizadas para fornecer serviços, produtos, etc. no futuro.

A LGPD mencionou em seu artigo 18 que o titular pode apagar os dados pessoais processados com o consentimento do titular a qualquer momento e mediante solicitação, exceto nos casos estipulados no artigo 16 da lei.

Aqui, podemos perceber que as liberdades fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal fornecem subsídios necessários para o exercício do titular dos dados, independentemente de ele ter concordado previamente em coletar os dados e excluí-los.

Para ser mais claro, vamos ao exemplo: um usuário baixa um aplicativo de uma empresa que requer registro com dados pessoais como nome, endereço, ocupação e e-mail. Sendo que o usuário no momento de começar a utilizar o aplicativo, concordou com os termos de uso. Contudo, após alguns dias de utilização, começa a receber notificações por e-mail. Neste momento o usuário terá o direito e poderá solicitar junto ao aplicativo a exclusão de seus dados, neste caso o e-mail informado.

Este procedimento de exclusão deve ser gratuito e conveniente. A empresa também é obrigada a fornecer informações sobre a possibilidade e as consequências do não consentimento.

Com a entrada em vigor da nova lei, o cliente passa a ter o direito de solicitar a eliminação dos seus dados da base de dados financeira. Se a empresa não tiver um motivo válido para reter os dados, os direitos do cliente prevalecerão.

Havendo fundamento legal que justifique a sua manutenção, a empresa não é obrigada a apagar os dados do consumidor. Por exemplo: se o consumidor ainda tem parcelamento de determinado produto, há prescrição ou período de penalização permanente, se ainda há notas fiscais a serem emitidas ou obrigações tributárias relacionadas. Nessas circunstâncias, o contrato e as obrigações legais continuam sendo cumpridos. É importante que os consumidores observem que não é possível solicitar a exclusão de dados em todas as circunstâncias. Portanto, algumas empresas podem se recusar a excluir totalmente os dados com base no que já está previsto pela própria lei. A adaptação às novas regulamentações exige que as empresas tenham uma maneira segura de armazenar e processar os dados dos clientes. Caso contrário, as informações podem estar em risco e prejudicar consumidores e empresas.

Portanto, a integração é uma forma segura de manter o acesso às informações e pode reduzir a vulnerabilidade do processamento de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o avanço tecnológico chegou na digitalização de processos, alicerçando-se em novas tecnologias que surgem a partir de uma conjunção social no qual a informação pessoal é o seu principal capital. Com base nisso, as instituições financeiras devem estar em conjunto com a cultura do digital para alcançar o cliente, que está mais conectado, exigente e detentor de ferramentas digitais de controle de seus dados.

É neste cenário que surgem novas regulamentações para, ainda que sejam reconhecidas as necessidades do mercado, ampliar o catálogo de direitos e garantias das pessoas que possuem seus dados em rede, com a finalidade de lhes garantirem o próprio direito de autodeterminação informacional.

Reflete-se às regras da LGPD para inicialmente compreender o seu sentido de aplicação, a necessidade de se entender as diferentes categorias de dado pessoal e as pessoas envolvidas diretamente com o tratamento, trazendo atenção especial o *DPO - Data Protection Officer*, pessoa natural ou jurídica que lhe será atribuído o papel de integrar à rotina da empresa as boas práticas em relação à proteção de dados e atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares e a ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados.

Ainda no contexto das instituições financeiras, será inevitável investir em medidas mais robustas de adaptação, isto se deve à necessidade de montar equipes para gerir um grande banco de dados.

Assim, pelo que se expôs, fica claro que existe a necessidade de alterações sobre como as empresas brasileiras abordam a proteção de dados, tendo esta dedicação dentre outras intenções, a principal de evitar a aplicação das multas impostas pelas leis.

Portanto, o principal ensinamento consiste na criação de um novo comportamento sobre o uso, proteção e segurança de dados, bens extremamente importantes para a sociedade moderna, as instituições financeiras precisarão adotar diferentes processos de gestão, controle e operação de dados para assegurar a rastreabilidade da informação e a segurança de dados, principalmente aqueles considerados sensíveis. A instituição que

ficará responsável pela fiscalização da aplicação da LGPD é a ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados.

Dessa forma, a LGPD engloba o Brasil às disposições mundiais de criações de políticas e regulamentações mais rigorosas, à exemplo da GDPR europeia. Essa lei é fundamental no combate para retirar o país da desprezível classificação de um dos países mais favoráveis a crimes cibernéticos.

REFERÊNCIAS

ABELA, Robert. **Netsparker Surveys US Based C-Levels on GDPR Compliance**. 2018. Disponível em: https://www.netsparker.com/blog/web-security/gdpr-compliance-2018-survey-results/#RightSecureDirection. Acesso em: 13 maio 2021.

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

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei Nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018.. 2. ed. BRASILIA, DF.

BRASIL. **Resolução nº 79, de 18 de março de 2021**. Altera o Regulamento anexo à Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020, que disciplina o funcionamento do arranjo de pagamentos Pix. Brasilia, DF.

DIGITAL, **Governo. O que é? Governança de dados**. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados. Acesso em: 1 nov. 2020.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. 2011. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 02, p. 91-108. Disponível:https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1315/658. Acesso em: 12 nov. 2020.

DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados.** Direito, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1116/991> Acesso em: 12 nov. 2020.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MAFFINI, Maylin. **A proteção dos dados pessoais no crédito bancário e a lei geral de proteção de dados frente ao cadastro positivo**. 2020. Revista Jurídica Cesumar. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7989/6312. Acesso em: 12 nov. 2019.

FUMO, Marianna; FREITAS, Brunna; EVANGELISTA, Viviane; GREGHI, Ana. **85% das empresas declaram que ainda não estão prontas para atender às exigências da Lei de Proteção de Dados Pessoais, mostra pesquisa da Serasa Experian**. 2019. Disponível em: https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/estudos-e-pesquisas/85-das-empresas-declaram-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-

exigencias-da-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian/. Acesso em: 10 abr. 2021.

INC., Glassdoor. **Salários de Dpo em London, região de Reino Unido: salário médio**. Salário Médio. 2021. Disponível em: https://www.glassdoor.com.br/Sal%C3%A1rios/londres-dpo-sal%C3%A1rio-SRCH_IL.0,7_IM1035_KO8,11.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

INC, Glassdoor. **Salários de Dpo: Salário Médio**. 2021. Disponível em: https://www.glassdoor.com.br/Sal%C3%A1rios/dpo-sal%C3%A1rio-SRCH_KO0,3.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

International Association of Privacy Professionals (IAPP). **Annual Governance Report IAPP-EY. 2019.** Disponível em: https://iapp.org/resources/article/iapp-ey-annual-governance-report-2019/. Acesso em: 14 jan. 2021.

HÄNSCH, Klaus. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**: relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 1995. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046. Acesso em: 1 nov 2020.

KATARIVAS, Nicolete; LAMBOGLIA, Raquel. **Segurança de dados na era do PIX**. 2021. Disponível em: http://manesco.com.br/ler-litteraexpress/754. Acesso em: 15 de maio de 2021.

MILARE, Meirelles. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): o que as empresas devem fazer para se adaptar?** 2020. Disponível em: https://www.meirellesmilare.com.br/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-o-que-as-empresas-devem-fazer-para-se-adaptar/. Acesso em: 10 de maio de 2021.

VILLELA, Tathiana Conte Madureira. **Lei Geral de Proteção de Dados e a Atividade Bancária:** base legal do interesse legítimo e sua aplicação**.** 2019. 30 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Empresarial, INSPER, São Paulo, 2019. Cap. 5.

MEDIDAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS: DIRETRIZES E LIMITES DE APLICAÇÃO

Julia Maria da Silva[1]
Beatriz Regina Branco[2]

Resumo: O presente artigo realiza o estudo das medidas executivas atípicas, previstas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015. O tema é importante uma vez que evidencia métodos para impulsionar o devedor ao pagamento da obrigação, de modo a garantir a efetividade da decisão judicial e reduzir a inadimplência. O objetivo geral é analisar as diretrizes e os limites de aplicação das medidas atípicas em execuções pecuniárias, a partir de estudo doutrinário e jurisprudencial. A linha de raciocínio desenvolvida seguiu o método dedutivo, por meio de pesquisa com abordagem qualitativa e nível de aprofundamento descritivo e explicativo. A partir da pesquisa, foi possível constatar, apesar de certas divergências de entendimento, quais são os parâmetros balizadores das medidas atípicas e de que maneira deve ser feito o uso desses meios, a fim de contribuir para o adimplemento sem colocar em xeque os direitos fundamentais do devedor.

Palavras-chave:medidas atípicas; artigo 139, IV; efetividade; execuções.

INTRODUÇÃO

O grande objetivo da maior parte das ações que tramitam no Judiciário é ver a quantia perseguida ser devidamente transferida para a conta bancária do credor. Após longo e cansativo processo, é realmente frustrante não receber o valor da condenação ou do montante descrito no título executivo, especialmente se o devedor possui condições financeiras e se exime de pagar. Essa situação é conhecida popularmente como o não raro “ganhou, mas não levou”, sendo chamada no meio jurídico como a crise da inadimplência.

Existe grande dificuldade para encontrar bens e valores em nome do devedor, isso em decorrência da facilidade de dilapidação patrimonial, capaz de inviabilizar todo o processo. Marcelo Abelha Rodrigues (2017, n.p.) aduz que “quem opera cotidianamente a execução civil [...] pode entender o sentimento de frustração, decepção e desânimo com uma execução infrutífera resultante das condutas praticadas pelo executado cafajeste”. No mesmo sentido, Neves (2017, p. 117) assevera que muitos executados “[V]ivem como se não fossem devedores, transformando o processo de execução ou o cumprimento de sentença em verdadeiras atividades jurisdicionais de faz de conta, com a insuperável frustração da tutela jurisdicional executiva”.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tal dispositivo enseja não somente o direito de receber uma decisão favorável, mas também que seja alcançado o efeito no plano prático. Canto e Pinheiro (2020, p. 38) entendem que “cabe ao Poder Judiciário fazer com que a tutela jurisdicional almejada pelo interessado seja dotada de efetividade, através de canais adequados”. Deste modo, é dever do Estado encontrar obstáculos para a inadimplência.

No ano de 2015, a introdução do novo Código de Processo Civil trouxe diversas inovações processuais, entre elas a cláusula geral de efetivação constante no art. 139, inciso IV, o qual dispõe que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento

1. Estudante do nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Professora Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Univille. Graduada em Direito pela ACE. Atualmente é coordenadora do Programa de Extensão do Juizado Especial da Univille.

de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Desta forma, ocorreu a ampliação da possibilidade de uso dos meios atípicos executivos, os quais no CPC/1973 eram restritos às obrigações de fazer e atualmente podem ser utilizados também nas obrigações de pagar quantia certa.

Destarte, é possível perceber que o legislador demonstrou sua preocupação com a efetividade do processo, notadamente por ter expandido o campo de atuação das medidas atípicas. Com efeito, a efetivação é o ápice da tutela jurisdicional. É evidente a ausência de justiça de um processo que se basta em dizer o direito, sem efetivá-lo. Arenhart (2018, p. 3) assim declara “despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerme”.

Neste cenário, torna-se crucial estudar novas técnicas de execução capazes de impulsionar o devedor ao pagamento da obrigação. As possibilidades dependerão do caso concreto e da criatividade do juiz para verificar qual medida será mais eficaz para coagir ao adimplemento. A doutrina aponta alguns exemplos do que seriam essas medidas atípicas, como suspensão de CNH, apreensão de passaporte, proibição de firmar contratos, bloqueio de cartões de crédito, suspensão de redes sociais, entre outras.

Ocorre que, apesar de conferir ampla liberdade ao magistrado na escolha de técnicas executivas, o artigo 139, IV do CPC não previu de forma expressa quais seriam os limites destas medidas. Por consequência, a aplicabilidade do dispositivo legal ocasionou divergências na doutrina e na jurisprudência quanto às diretrizes a serem observadas.

O desafio no momento da escolha da técnica executiva atípica é encontrar a mais efetiva sem comprometer os direitos e garantia individuais do devedor. Destarte, deve-se observar alguns critérios balizadores, a fim de atingir resultado útil sem colocar em xeque o princípio da dignidade e menor onerosidade.

Extrair caminhos mais efetivos da legislação é um compromisso com a satisfação dos direitos da sociedade, bem como para a preservação da credibilidade do judiciário. A cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC não resolverá sozinha a crise da inadimplência, todavia o implemento de mecanismos de estímulo ou de pressão psicológica já é um bom passo para o alcance de resultados satisfatórios. Em vista disso, o estudo das medidas atípicas executórias merece atenção especial.

Para atender os objetivos propostos, inicialmente será contextualizado o surgimento das medidas atípicas nas obrigações de pagar quantia certa, partindo para a análise do princípio da tipicidade e atipicidade dos meios executivos, bem como será analisado o confronto entre os direitos fundamentais e as medidas atípicas, além de verificar a constitucionalidade dos meios ora estudados. Ato contínuo, será explanado sobre as diretrizes e limites de aplicação das medidas atípicas previstas no art. 139, IV do CPC, a partir de análise doutrinária. E, por fim, será apontado o entendimento do Superior Tribunal de justiça, com base em pesquisa jurisprudencial.

1. MEDIDAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA

O Código de Processo Civil de 1973 previa a aplicação de medidas atípicas, todavia eram restritas às obrigações de fazer ou não fazer, conforme o teor do dispositivo 461, parágrafo 5º:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o

> pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento
> [...]§ 5 º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial

Destarte, as obrigações de pagar quantia certa ainda estavam limitadas ao caminho típico, sem possibilidade de inovação pelo magistrado.

No ano de 2015, com a publicação do novo Código de Processo Civil, sobrevieram novos meios de garantir o direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Neste sentido, ensinam Canto e Pinheiro (2020, p. 41-42) que o CPC/15 tem potencial de "[..]aproximar as decisões judiciais das realidades fáticas debatidas ao longo do processo, simplificar os procedimentos, fornecer aos jurisdicionados decisões mais efetivas e fazer com que o sistema processual funcione de maneira mais orgânica[...]".

Entre as inovações da nova legislação, destaca-se o art. 139, IV:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> [...]IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Com efeito, observa-se que o dispositivo ampliou o poder do magistrado, incluindo a possibilidade de aplicação dos meios atípicos nas obrigações de pagar quantia certa, de modo a garantir a efetividade conforme as necessidades de cada demanda.

1.1 Princípio da tipicidade e atipicidade dos meios executivos

O CPC/73 era rígido e adotava o princípio da tipicidade dos meios executivos. Ocorre que essa rigidez passou a comprometer a efetividade da prestação jurisdicional, pois o caminho típico previsto na lei já não era capaz de atender a todas as peculiaridades de cada caso concreto analisado pelo juiz. Sobre o tema, manifestam-se Alcântara e Rodrigues (2017, p. 230):

> No código revogado a atuação do magistrado na execução da obrigação de pagar quantia certa estava adstrita aos mecanismos tipicamente previstos, o que se revelava muitas vezes insuficiente e conduzia a uma proteção excessiva do devedor dessa espécie de obrigação, em detrimento do credor, desconsiderando-se que a efetividade da tutela jurisdicional também figura no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 391), em análise comparativa com o CPC/73, salientam que o art. 139, IV, demonstra a quebra com o sistema de tipicidade processual. Evidencia-se um distanciamento do meio executivo rígido, por intermédio da implementação de técnicas maleáveis que visam a efetividade do processo, conforme se observa a seguir:

> (...) o novo Código quebrou integralmente o sistema de tipicidade da técnica processual, permitindo o emprego do meio executivo mais adequado para tutela do direito em toda e qualquer situação substancial (art.139, IV, CPC). Trata-se de

> quebra que visa à promoção da tutela específica dos direitos, pugnada pela doutrina preocupada com a efetividade do processo. Com isso, o direito brasileiro afasta-se de um sistema de técnica executiva rígida e avizinha-se a um sistema de técnica executiva maleável, seguindo nessa particular tendência que emerge do direito comparado.

No mesmo sentido, Abelha (2019, p. 42) assevera que o princípio da atipicidade predomina atualmente no direito pátrio:

> A adoção do "princípio da atipicidade dos meios executivos" encontra-se expressamente prevista no art. 139, IV, do CPC e consagra, de uma vez por todas, a postura irreversível do legislador brasileiro de transformar o papel e a atuação do magistrado, de mero espectador (fruto de um Estado liberalista) em partícipe (Estado social intervencionista), na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Todavia, existe entendimento no sentido oposto. Araken de Assis (2016, p.186), fiel combatente das medidas atípicas, é totalmente contrário ao princípio da atipicidade:

> O direito brasileiro consagra o princípio da tipicidade dos meios executórios. Não pode ser diferente, porque a CF/1988 tem feição garantista e o art. 5.º, LIV, exige que a privação de bens obedeça ao devido processo legal. A ideia da relativa atipicidade, defendida com base na regra equivalente ao atual art. 536, §1º, esbarra na falta de exemplos práticos e convincentes e, ainda, nos valores consagrados na CF/1988

Thiago Rodovalho (2016), por sua vez, defende que ambos os sistemas coexistem. Na perspectiva do autor, a regra ainda é a tipicidade da execução, mas a atipicidade é reconhecida, sendo aplicada de forma secundária,

> a atipicidade dos meios executivos não se consubstancia na «*prima ratio*», é dizer, a regra ou a primeira medida a ser invocada. [...] a «regra» do nosso sistema continua a ser o da tipicidade dos meios executivos, só que agora «temperado» pelo sistema atípico".

Assim, nas palavras de Rodovalho (2016), "esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico."

Posto isso, infere-se que, não obstante alguns argumentos em sentido diverso, a atipicidade dos meios executivos está presente em nosso ordenamento, seja de forma predominante ou subsidiária.

1.2 O respeito aos direitos fundamentais na aplicação da medida atípica

O art. 139, IV, CPC/15 é visto como um permissivo expresso no sentido de autorizar o magistrado a aplicar medidas desconhecidas e criativas, observando a conveniência do caso concreto, com intuito de pressionar psicologicamente o devedor ao pagamento.

Desta forma, esse dispositivo passou a ter papel fundamental nas execuções, em razão do desafio de encontrar bens do executado, considerando a facilidade de dilapidação patrimonial.

Existe uma ampla variedade de medidas passíveis de aplicação. Todavia, algumas são mais comumente utilizadas e debatidas, como suspensão de CNH, apreensão de passaporte e bloqueio de cartões de crédito. Ocorre que o implemento de tais medidas fomentou discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o risco a direitos fundamentais.

Neste cenário, os pensadores do direito argumentam que é necessário o equilíbrio entre os direitos fundamentais do devedor e o direito fundamental do credor a uma tutela jurisdicional efetiva. Arenhart (2018, p. 40) salienta que o respeito à dignidade do devedor não implica na supremacia total desse direito sobre os demais, mas sim que deve ser feita uma análise ponderativa de valores:

> Respeitar não significa, necessariamente, fazer sempre prevalecer essas garantias. Isso porque, quando houver colisão de garantias fundamentais (a garantia de inafastabilidade e alguma outra garantia), a noção de "respeito" indica a necessidade de perceber a existência desse outro valor constitucional, dando aos valores envolvidos a devida ponderação. As técnicas de solução da colisão de direitos fundamentais, e em particular o critério da proporcionalidade, terão papel decisivo aqui, na tarefa de determinação da amplitude a ser dada, no caso concreto, a cada um desses interesses

Neves (2018, p. 34) se posiciona no sentido de que não é justa a supervalorização da dignidade da pessoa humana em detrimento das medidas atípicas, sendo, portanto, necessária uma ponderação:

> [...] se deve tomar cuidado com a supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de inviabilizar a efetivação da tutela executiva, direito fundamental do exequente, por meio da adoção das medidas previstas no art. 139, IV, do CPC. A medida coercitiva naturalmente restringirá o exercício de direitos do executado, e somente quando efetivamente tal restrição gerar prejuízos a ele mais significativos que os benefícios ao exequente – e à própria tutela executiva – deve ser inadmiti-la no caso concreto.

Em sua obra, Neves (2018, p. 35-36) explica como várias medidas atípicas podem ser utilizadas sem que ocorra violação ao direito e à dignidade do devedor. Note-se o entendimento do autor quanto à retenção de passaporte e suspensão de CNH:

> A possibilidade de retenção do passaporte do executado, limitando dessa forma, ainda que somente de forma parcial, seu direito de ir e vir, é um bom exemplo de medida executiva que passa longe de violar o princípio da dignidade humana quando as viagens ao exterior forem tão somente realizadas por lazer. O fato de ficar temporariamente impedido de viajar ao exterior naturalmente causa um incômodo, em especial para aqueles acostumados a tais luxos, mas essa piora na situação do executado é a consequência natural de qualquer medida executiva de natureza coercitiva.
>
> Da mesma forma, não compreendo como ofensa ao princípio da dignidade humana a suspensão da CNH do executado, porque nesse caso nem mesmo o direito de ir e vir estará sendo limitado, já que tal medida não impede que o executado continue a ir aos exatos mesmos lugares que ia antes de sua adoção. Passará a ir andando, de bicicleta, de carona, de trem, metrô, ônibus, van etc. Sem se deslocar no conforto do automóvel, a adoção da medida causará incômodo, mas daí a afirmar que viola sua dignidade seria afirmar que a maioria da população brasileira, que se locomove por outros meios que não o veículo automotor, tem diariamente sua dignidade violada.

Considerando que há diversos meios de locomoção e que não possuir um carro é a realidade de muitos brasileiros, a maioria dos doutrinadores entendem que a suspensão da CNH não atinge o direito de ir e vir do executado. Thiago Rodovalho (2016) aduz que "Dirigir veículos automotores é *direito* do cidadão, mas não se confunde com o direito fundamental e social de *ir-e-vir* e ao *transporte".*

Na mesma linha, Arenhart (2018, p.21) assevera que não há violação aos direitos fundamentais em medidas como apreensão de passaporte e suspensão da CNH:

> As críticas veiculadas normalmente acentuam eventual violação a direitos fundamentais (de ir e vir, ou algo semelhante) que estariam sendo violados por essas ordens judiciais. Ao que parece, porém, há evidente exagero nessa crítica. Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior que estaria sendo violado pela ordem de apreensão do passaporte? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!

O autor também argumenta que não há nada de excessivo na aplicação de medidas capazes de pressionar psicologicamente o executado ao adimplemento da obrigação, haja vista que a medida é uma consequência do injusto descumprimento do devedor a uma determinação do juiz, "não se pode ver nos meios de indução (ao menos *a priori*) algo de excessivo ou incivilizado, na medida em que sua incidência só ocorre diante da renitência injustificada do ordenado em dar atendimento à ordem judicial" (ARENHART, 2018, p. 22). Assim, Arenhart (2018, p. 22) conclui que "[A] incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência".

Posto isso, verifica-se que o estado tem o dever de concretizar o direito, a tutela jurisdicional efetiva, ao passo que não pode restringir outras garantias fundamentais. Assim, a fim de prevalecer a justiça e a constitucionalidade, cabe ao magistrado equilibrar os direitos, por meio de uma análise ponderativa, observando as peculiaridades do caso concreto.

1.3 Constitucionalidade dos meios executivos atípicos

A cláusula geral de execução representada pelo novo dispositivo gerou divergência nos entendimentos doutrinários sobre a sua constitucionalidade.

Araken de Assis (2018, p. 167-168) é crítico do art. 139, IV, apontando-o como inconstitucional e prejudicial à segurança jurídica "[...] ao utilizar medida não especificada na lei, incorre-se em flagrante inconstitucionalidade. É preferível seguir o roteiro legalmente predeterminado. Ele oferece previsibilidade e segurança, além de observância estrita ao art. 5º, LIV, da CF/1988".

Por outro lado, há vários apoiadores da constitucionalidade do dispositivo. Alexandre Câmara (2016, p. 88) ensina que a constitucionalidade do art. 139, IV, emana do fato de que surgiu para garantir a promessa de tutela efetiva e eficiente descrita na própria Constituição Federal "a legitimidade constitucional da cláusula geral de atipicidade de meios executivos provém de sua compatibilidade com dois princípios constitucionais: o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e o princípio da eficiência (art. 37)".

Arenhart (2018, p. 19) infere que mesmo que as medidas não estejam previstas expressamente em lei, a constitucionalidade da aplicação advém do poder-dever de efetivação atribuído ao Poder judiciário pela Constituição, "independentemente da previsão expressa, em dispositivo legal, dos instrumentos de atuação das decisões judiciais, esse poder-dever é consequência natural da atribuição constitucional dada ao Poder Judiciário para decidir as controvérsias".

Com efeito, depreende-se que, malgrado alguns entendimentos no sentido contrário, o art. 139, IV, é sim constitucional, notadamente porque é dever do estado, por meio do Poder Judiciário, garantir a efetividade das decisões. Todavia, a fim de que seja respeitado o devido processo legal, alguns critérios devem ser observados na aplicação das medidas atípicas, os quais serão analisados a seguir.

2. DIRETRIZES E LIMITES DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS

Apesar de ser considerada constitucional a adoção de medidas atípicas nas execuções, é possível que ocorra inconstitucionalidade na forma de aplicação da medida, caso haja desequilíbrio entre a pretensão executiva do credor e os direitos fundamentais do devedor.

Em vista disso, os doutrinadores passaram a fixar limites e parâmetros para a devida utilização dos meios atípicos, quais sejam: (i) subsidiariedade (ii) indícios de ocultação patrimonial, (iii) proporcionalidade, (iv) fundamentação idônea e (v) contraditório.

2.1 Subsidiariedade

A doutrina brasileira divide-se quanto à subsidiariedade das medidas atípicas. Alguns autores sustentam que as medidas devem ser aplicadas apenas após esgotado o meio típico executório, devendo o exequente exaurir as medidas reguladas pelo legislador e só depois postular medidas inominadas. Outros autores, por sua vez, argumentam que elas podem ser utilizadas *prima facie*, se desde o início o meio atípico demonstrar-se mais adequado ao caso concreto.

O enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe no sentido de que as medidas atípicas devem ser aplicadas subsidiariamente às medidas tipificadas:

> A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II

Na mesma linha é o entendimento de Didier Jr. *et al* (2018, p. 110) "[A] execução para pagamento de quantia certa deve observar, primeiramente, a tipicidade dos meios executivos, sendo permitido, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no art. 139, IV, CPC".

A subsidiariedade das medidas atípicas é também defendida por Theodoro Júnior (2020, p. 27), "[A] aplicação do art. 139, IV, portanto, deve ocorrer em caráter extraordinário, quando as medidas ordinárias se mostrarem ineficazes. Primeiro haverá de observar-se o procedimento típico, amparado basicamente na penhora e na expropriação de bens".

Há autores, por seu turno, que sustentam a ideia de que não é necessário o esgotamento da via ordinária, sendo possível a utilização de medidas inominadas desde logo, quando forem mais adequadas ao caso. Abelha (2019, p. 43) expõe o seguinte posicionamento:

> É importante deixar claro que o fato de o legislador ter estabelecido um procedimento executivo típico para todo o Livro II da Parte Especial (processo de execução) e para o cumprimento (provisório ou definitivo) de sentença de obrigação de pagar quantia não quer dizer que nestes casos o inc. IV deva ser utilizado *subsidiariamente*, ou seja, apenas quando falhar o itinerário típico que o juiz lançará mão do inc. IV do art. 139. Não é assim que deve se pensar, pois o art. 139, IV, é cláusula geral de toda execução. Obviamente que só faz sentido lançar mão diretamente da atipicidade de meios e flexibilidade do procedimento – para o

> cumprimento de sentença para pagamento de quantia, por exemplo – se desde o início da fase executiva já existirem elementos (obtidos inclusive na fase cognitiva) que levem à conclusão de que será inútil o procedimento típico e rígido previsto pelo legislador. Logo, não há que se falar em subsidiariedade do art. 139, IV, como se só pudesse ser utilizado após o insucesso dos meios típicos no roteiro procedimental criado pelo legislador para as obrigações de pagar quantia.

Arenhart (2018, p. 30) sustenta que não há excesso de poder pela aplicação dos meios atípicos *prima facie,* isso porque se fossem medidas exageradas, nem de forma subsidiária o legislador as teria permitido, ou seja, "[S]e esses poderes foram outorgados, é para serem usados; é porque esses poderes são importantes para que se possa ter resposta efetiva e adequada aos direitos e, enfim, para que se possa realizar a promessa constitucional do acesso à Justiça".

Destarte, percebe-se que ainda pairam dúvidas quanto à aplicação subsidiária ou não das medidas inominadas, de modo que o entendimento do magistrado diante da análise de cada caso é que definirá o caminho a ser seguido.

2.2 Indícios de ocultação patrimonial

As medidas atípicas que recaem sobre a pessoa do executado, de maneira a pressioná-lo psicologicamente ao adimplemento, devem ser aplicadas apenas nos casos em que for verificado que o executado possui condições financeiras para pagar e mesmo assim não cumpre a obrigação.

Na lição de Gajardoni *et al* (2018, p. 210) a aplicação dos meios atípicos quando o devedor não possui patrimônio seria ineficaz e se revelaria como uma forma de vingança injusta, "Se o executado simplesmente não possui recursos financeiros para adimplir a obrigação, no entanto, nenhum meio executivo será efetivo, não sendo o caso de serem aplicados meios coercitivos que apenas sirvam como instrumento de vingança privada do exequente."

O indício de que o executado não paga porque não quer e não porque não pode é requisito para aplicação do art. 139, IV, segundo a doutrina de Neves (2018, p. 31-32), o qual ensina que "as medidas executivas atípicas só devem ser aplicadas se por meio delas houver real expectativa de que possam de forma efetiva auxiliar na satisfação do direito".

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Rommel Andriotti (2018), que adverte que as medidas atípicas são cabíveis somente nos casos de inadimplência voluntária, pois este é um ato fraudulento do devedor. Nos casos de inadimplência involuntária, os meios inominados teriam caráter punitivo, o que não é permitido.

Posto isto, infere-se que a medida aplicada ao devedor que não possui condições financeiras para adimplir a dívida é ineficaz e tem caráter sancionatório. Deste modo, depreende-se que o indício de ocultação patrimonial é limite a ser observado antes da aplicação das técnicas atípicas.

2.3 Proporcionalidade

O art. 139, IV, concede amplo poder ao magistrado na escolha de diferentes medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Assim, diante da oportunidade de criar medidas não previstas expressamente na lei, surgiu receio de possível prática de arbitrariedades e abusos pelo juiz. Desta forma, a doutrina e a jurisprudência consideram a proporcionalidade um critério essencial a ser observado, servindo como harmonizador, permitindo o equilíbrio entre valores e princípios no caso concreto.

Sobre o tema, Didier Jr. *et al* (2018, p. 104) ensinam que "[O] magistrado deve ponderar os interesses em jogo, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as vantagens da utilização da medida atípica escolhida superem as desvantagens do seu uso".

Os critérios de necessidade e adequação decorrem do princípio da proporcionalidade e são fatores que, segundo o pensamento esboçado em várias doutrinas, devem ser observados a fim de encontrar a medida mais eficiente e ao mesmo tempo menos onerosa ao devedor.

O critério da adequação expressa que a medida deve ser capaz de produzir o resultado almejado, ou seja, o meio deve ser apto para alcançar o fim. Didier Jr. *et al* (2018, p. 115) assim lecionam "o critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado".

O critério da necessidade evidencia que o magistrado deve aplicar a medida dentro do que for preciso para obter o resultado, que no caso é o cumprimento da obrigação. Este limite determina que a medida não pode extrapolar seu objetivo, sob pena de, indo além da necessidade, ter efeito meramente punitivo, o que não se permite. Didier Jr. *et al* (2018, p. 116) explicam:

> O juiz não pode preocupar-se apenas em determinar uma medida que permita alcançar o resultado almejado; é preciso que essa medida gere o menor sacrifício possível para o executado. O critério da necessidade estabelece um limite: não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado. Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida do estritamente necessário para proporcionar a satisfação do crédito – nem menos, nem mais.

Desta maneira, conforme ensina Lemos (2018, p. 399), a decisão sem a devida motivação quanto à necessidade e expectativa de êxito, culmina na ilegitimidade da medida, a qual teria puro viés sancionatório, sem a devida autoridade legal.

Assim sendo, para que uma medida atípica respeite o critério da proporcionalidade, ela deverá ser apta a alcançar a finalidade perseguida, provocar o menor prejuízo possível ao executado, além de sopesar os valores conflitantes.

2.4 Fundamentação idônea

Os estudiosos do art. 139, IV, salientam que a fundamentação da decisão que aplica medida inominada merece maior atenção e detalhamento, considerando que a medida não está prevista expressamente pelo legislador.

Como surge da atividade criativa do juiz e do seu dever-poder de efetivação, ela deve ser justificada com base no caso concreto a fim de evitar o abuso de poder. De modo que "[A]credita-se que com o novo CPC tal cláusula geral de efetivação pressupõe necessariamente um (b)ônus argumentativo dado ao juiz que se valerá dela, mormente tendo em conta a determinação do inciso II, §1º, artigo 489" (ALCÂNTARA; RODRIGUES, 2017, p. 230).

À luz do entendimento de Didier Jr. *et al* (2018, p. 119):

> O papel da fundamentação ganha ainda mais importância quando o órgão julgador exercita o poder geral de efetivação previsto nos arts. 139, IV, 42 e 536, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656), determinando medida atípica para forçar o cumprimento de

> determinada prestação. É pela análise da fundamentação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

Na visão de Vinícius Lemos (2018), na decisão que aplica a medida atípica, o magistrado deve realizar um relatório descrevendo as medidas expropriatórias que já foram tentadas e não surtiram efeito, bem como relatar os atos que evidenciem que o executado se esquiva do adimplemento. Nas palavras do autor, a ausência de relatório detalhado dos atos anteriores culmina na ilegitimidade da medida aplicada.

Destarte, verifica-se que o dever de fundamentação é imperioso para a aplicação das técnicas inominadas, por meio dela é que ocorre o controle da atividade jurisdicional e evita-se arbitrariedades.

2.5 Contraditório

Na aplicação das técnicas previstas no art. 139, IV, oportunizar o contraditório é essencial, haja vista que as medidas têm caráter indutivo e de pressão psicológica, sendo crucial que o devedor tenha conhecimento de qual medida será aplicada, a fim de estimulá-lo ao cumprimento da obrigação.

Lemos (2018, p. 389) adverte que a ausência de contraditório provocaria mera penalidade e a medida não cumpriria sua função:

> Depois, com a concessão de medida em decisão interlocutória própria a tal ato, o juízo deve conceder o contraditório, com o devido prazo para que o executado possa adimplir o seu débito ou realizar a sua obrigação. Sem o contraditório e a possibilidade de prazo para o adimplemento anterior à medida ser concretizada, esta seria simplesmente para sancioná-lo, sem cumprir a sua própria função, sem a visão indutiva ou coercitiva preconizada no CPC/2015.

Ao descrever limites para a aplicabilidade do art. 139, IV, Gajardoni *et al* (2018, p. 19) menciona a necessidade de "contraditório prévio na forma do art. 9º do CPC/2015, com oitiva do executado a respeito do eventual manejo de medidas atípicas; com o recebimento de explicações do porquê do não pagamento".

A observância do contraditório também é defendida por Didier Jr. *et al* (2018, p. 120) "[C]onsiderando que a escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório".

Ainda, neste sentido dispõe o Enunciado 12 do FPPC "[...]Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório [...]".

Infere-se, pois, que o contraditório é limite a ser respeitado na aplicação das técnicas atípicas e a intimação acerca da medida servirá para estimular psicologicamente o devedor ao pagamento ou para oportunizar apresentação de resposta justa demonstrando a inexistência de condições financeiras para adimplir a dívida.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A melhor forma de visualizar a aplicação dos requisitos demonstrados no capítulo anterior é por meio da análise do entendimento do Poder Judiciário em casos concretos.

Neste capítulo serão abordados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que as medidas atípicas ainda não foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, anota-se que a Corte Constitucional foi motivada a decidir sobre a inconstitucionalidade do artigo 139, IV, em razão da propositura da ADI n.º 5941 pelo Partido dos Trabalhadores, que aguarda julgamento.

3.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Os acórdãos proferidos pelo STJ sustentam o entendimento de que é possível a aplicação de medidas atípicas nas execuções pecuniárias sem agredir os direitos fundamentais do devedor. Todavia, o Tribunal Superior salienta que todos os critérios devem ser respeitados para que a aplicação dos meios atípicos seja legítima.

Os critérios analisados pelos ministros são os mesmos tratados pela doutrina, conforme o capítulo anterior. A fim de ilustrar, colhe-se o RESP número 1894170/RS, julgado em novembro de 2020 pelo STJ:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DÉBITOS LOCATÍCIOS. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA A SUA APLICAÇÃO. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista o inadimplemento de débitos locatícios. [...]. 3. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo. [...] 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. [...] (REsp 1894170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020)

O acórdão acima representa bem o posicionamento do Tribunal Superior quanto a utilização dos meios atípicos. No entendimento dos ministros, se houver indícios de ocultação de patrimônio, se houver fundamentação idônea, se esgotadas as medidas tradicionais sem obtenção de êxito, se respeitado o contraditório e observada a proporcionalidade, a medida imposta será válida.

Além disso, no inteiro teor do acórdão, os julgadores asseveram que não é justa a não aplicação das medidas atípicas sob o fundamento da latente restrição de direitos fundamentais, pois "[…] o ordenamento jurídico pátrio prevê a incidência de diversas espécies de medidas até mesmo mais gravosas do que essas[...]", como despejo forçado, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, as quais estão expressamente previstas e são aplicadas indiscriminadamente.

Outrossim, a importância da fundamentação argumentativa com base nas peculiaridades do caso concreto também recebeu atenção, "[A] decisão que autorizar a utilização de medidas coercitivas indiretas deve, ademais, ser devidamente

fundamentada, a partir das circunstâncias específicas do caso, não sendo suficiente para tanto a mera indicação ou reprodução do texto do art. 139, IV, do CPC/15".

Outro fator essencial que foi destacado na jurisprudência ora analisada é o indício de ocultação patrimonial, pois "não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito". No caso concreto, o que evidenciou a ocultação de patrimônio foi a Declaração de Imposto de Renda, a qual demonstrou que "o agravante percebe renda anual de R$ 445.318,17, o que lhe confere um salário mensal de cerca de R$ 30.000,00 mensais".

No mesmo sentido do acórdão acima referido, há diversas outras decisões proferidas pelo STJ, como HC 597069, AgInt no REsp 1788912, AgInt no REsp 1837309/SP, REsp 1782418/RJ, RHC 99606/SP, AgInt no REsp 1788912/DF, REsp 1782418/RJ, entre outras.

Em outro julgado do STJ, no Recurso em Habeas Corpus número 97876/SP, o Tribunal entendeu como indevida a retenção de passaporte, em razão da falta de demonstração de que os meios típicos e menos gravosos foram esgotados:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. [...]6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. [...] 9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. 10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência. 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento[...]. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido. (RHC 97.876/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018)

No acórdão, os ministros ressaltam que a apreensão de passaporte limita o direito de ir e vir, haja vista que sem este documento é inviável viajar a outro país por meio aéreo. Apesar do reconhecimento da restrição ao referido direito, infere-se que a medida foi entendida como ilegal e inadequada apenas em razão da inobservância dos critérios balizadores. Assim, "[A] medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência".

Ademais, no julgado são destacados os postulados da necessidade e adequação como imperiosos para a devida aplicação dos meios atípicos, “Não sendo a medida adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, serão contrárias à ordem jurídica”.

Por outro lado, quanto a apreensão da CNH, os membros do STJ apontaram que não se trata de medida que limita o direito de ir e vir, isso porque há inúmeros outros meios de locomoção, “[...]inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo”. Desta maneira, a impugnação da medida deverá ser “[..] por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza”.

Uma jurisprudência de destaque, considerando a notoriedade dos envolvidos, é o acórdão proferido no julgamento do ex-jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho e seu irmão, em sede do HC 478.963/RS, qual seja:

> AMBIENTAL. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDENIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. MEDIDA COERCITIVA ATÍPICA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RESTRIÇÃO AO USO DE PASSAPORTE. INJUSTA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. PONDERAÇÃO DOS VALORES EM COLISÃO. PREPONDERÂNCIA, IN CONCRETO, DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DENEGAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. I - Na origem, trata-se de cumprimento de sentença que persegue o pagamento de indenização por danos ambientais fixada por sentença. Indeferida a medida coercitiva atípica de restrição ao passaporte em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público, determinando a apreensão do passaporte dos pacientes. II - Cabível a impetração de habeas corpus tendo em vista a restrição ao direito fundamental de ir e vir causado pela retenção do passaporte dos pacientes. Precedentes: RHC n. 97.876/SP, HC n.443.348/SP e RHC n. 99.606/SP. III - A despeito do cabimento do habeas corpus, é preciso aferir, in concreto, se a restrição ao uso do passaporte pelos pacientes foi ilegal ou abusiva.I V - Os elementos do caso descortinam que os pacientes, pessoas públicas, adotaram, ao longo da fase de conhecimento do processo e também na fase executiva, comportamento desleal e evasivo, embaraçando a tramitação processual e deixando de cumprir provimentos jurisdicionais, em conduta sintomática da ineficiência dos meios ordinários de penhora e expropriação de bens. V - A decisão que aplicou a restrição aos pacientes contou com fundamentação adequada e analítica. Ademais, observou o contraditório. Ao final do processo ponderativo, demonstrou a necessidade de restrição ao direito de ir e vir dos pacientes em favor da tutela do meio ambiente. VI - Ordem de habeas corpus denegada.(HC 478.963/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

No julgamento, um dos pontos analisados é a conduta fraudulenta dos devedores, os quais detêm meios para pagamento, mas fogem da obrigação. No caso, os executados “[…] não indicaram bens à penhora, embora disponham notoriamente de capital[...]”. Além disso, na conta bancária havia apenas o “[…] inexpressivo valor de R$ 24,36 (vinte e quatro reais e trinta e seis centavos)” e “[…] não constam outros bens livres registrados nos seus nomes”.

Observa-se, pois, que o comportamento dos devedores desrespeitou a boa-fé objetiva. Sendo assim, conforme o entendimento dos ministros, “[D]iagnosticando o atuar

processualmente desleal, deve-se permitir ao juiz que se utilize de meios capazes de imediatamente fazer cessar ou [ao menos] remediar a nocividade da conduta".

Um dos pontos interessantes do acórdão é o entendimento de que a subsidiariedade da via atípica pode ser relativizada em determinadas hipóteses, como "[…] quando o comportamento processual da parte, em qualquer das fases do processo, descortina a sua propensão à deslealdade ou à desordem". Assim, na visão dos magistrados, "[…] diante de um comportamento infringente à boa-fé objetiva, passa o juiz a desfrutar da possibilidade de utilizar-se de meios executivos atípicos antes mesmo de exaurida a via típica".

No teor da decisão, os ministros reconhecem que a apreensão de passaporte restringe o direito fundamental de ir e vir, não obstante a medida se mostrou adequada e legítima diante das peculiaridades do caso concreto. Essa conclusão sobreveio da observância dos seguintes critérios, "(i) a conduta processualmente temerária dos pacientes, a dispensar o prévio exaurimento das medidas executivas típicas, (ii) a consistente fundamentação da decisão e a (iii) observância do contraditório prévio".

Outrossim, no acórdão o uso dos meios atípicos é apontado como necessário para o cumprimento do dever de efetividade. Asseverou-se que, caso inexistissem tais medidas, o Código de Processo Civil "[D]aria ao credor a resposta 'não foi possível', muito embora o devedor seguisse explorando os prazeres da vida em todas as suas possibilidades".

Diante do exposto, constata-se que o entendimento do STJ é pacífico quanto à legitimidade das medidas atípicas nas execuções pecuniárias, devendo o respeito às diretrizes e limites de aplicação ser considerados tanto para fundamentar a devida aplicação, quanto para considerá-la inadequada.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O interesse na presente pesquisa surgiu a partir da experiência desta pesquisadora durante o estágio realizado no 1º Juizado Especial Cível de Joinville/SC. Diariamente observa-se a extinção de inúmeros processos por inexistência de bens e muitas vezes os elementos dos autos demonstravam não a falta de patrimônio, mas sim a ocultação deste. Neste cenário, evidenciou-se o interesse em explorar novas técnicas de execução maleáveis a fim de coagir o executado ao pagamento.

Trata-se de pesquisa com abordagem qualitativa. Sampiere, Collado e Lucio (2013, p. 370) ensinam que o foco da pesquisa qualitativa é "compreender e aprofundar os fenômenos, que são explorados a partir da perspectiva dos participantes em um ambiente natural e em relação ao contexto." Outrossim, o pesquisador qualitativo parte da premissa de que o mundo social é "relativo" e para entendê-lo é necessário analisar o ponto de vista dos autores sobre o objeto de estudo (SAMPIERE; COLLADO;LUCIO, 2013, p. 32). Neste sentido, verifica-se que a pesquisa qualitativa não visa alcançar resultados exatos por meio de números e técnicas estatísticas, mas sim obter conhecimento ao aprofundar o estudo acerca de determinado tema.

Utilizou-se a pesquisa do tipo bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, revistas e artigos físicos ou digitais e outros meios de comunicação pertinentes. Marconi e Lakatos (2017, p. 33) asseveram que finalidade da pesquisa bibliográfica é "colocar o pesquisador em contato direto com o que foi escrito sobre determinado assunto". Observa-se que a pesquisa não traz elementos originais, todavia é possível desenvolver diferentes enfoques e abordagens com conclusões

inovadoras sobre o tema, é o que ensina Matias-Pereira (2019, p. 84) “é perceptível que a pesquisa bibliográfica não costuma oferecer dados inéditos, como a pesquisa de campo ou de laboratório. Isso, entretanto, não compromete a possibilidade de originalidade dos raciocínios que possam ser desenvolvidos”.

A linha de raciocínio desenvolvida seguiu o método dedutivo, o qual parte de argumentos gerais para alcançar verdades particulares. Mezzaroba (2017, p. 93) explica que “[A] questão fundamental da dedução está na relação lógica que deve ser estabelecida entre as proposições apresentadas, a fim de não comprometer a validade da conclusão. Aceitando as premissas como verdadeiras, as conclusões também o serão”. O texto, portanto, busca a construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa é descritiva, cujo objetivo é “a descrição das características de uma população ou fenômeno” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 99), tendo em vista que especificou os critérios e limites de aplicação das medidas atípicas executórias. Não obstante, também foi adotado o aprofundamento explicativo ao passo que demonstrou as relações causais entre as variáveis. Salienta-se que a pesquisa explicativa “ocupa-se com o porquê do fato/fenômeno/processo (identificação dos fatores que determinam a ocorrência ou a forma que ocorre)” (RAMOS, 2009, p. 183). Destarte, a abordagem é descritiva e explicativa, haja vista que além de identificar pressupostos, explicou de que forma deve ser feita a aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa revelou que as medidas previstas na lei como meios de busca do patrimônio do devedor passaram a comprometer a efetividade da prestação jurisdicional, pois o caminho estabelecido pelo legislador já não era capaz de atender todas as peculiaridades de cada caso concreto. Neste cenário, surgiu o artigo 139, IV, do CPC/15, o qual possibilitou o uso de medidas atípicas em execuções de todas as naturezas, visando derrotar a inefetividade das tutelas jurisdicionais. Ocorre que, apesar de ter conferido ampla liberdade ao magistrado na escolha de técnicas executivas, o legislador não estipulou quais seriam os critérios a serem examinados para que a aplicação destas medidas não comprometa os direitos fundamentais do devedor.

Desse modo, na concepção desta pesquisa, a pergunta que se colocava era “[D]e que maneira deve ocorrer a aplicação de medidas atípicas nas execuções pecuniárias?” e no decorrer do trabalho observou-se que: (i) a aplicação de meio atípico, com base no entendimento de grande parte dos doutrinadores, deve ser subsidiária aos típicos; (ii) a utilização das medidas atípicas depende de indícios de ocultação patrimonial; (iii) o meio executivo atípico deve respeitar a proporcionalidade, observando a necessidade e adequação no caso concreto; (iv) a decisão que aplica a medida inominada deve ser devidamente fundamentada; e (v) a medida deve ser sujeita a contraditório.

Outrossim, constatou-se que as decisões do Superior Tribunal de Justiça são pacíficas no entendimento de que é possível a aplicação medidas atípicas nas execuções, desde que respeitados os parâmetros balizadores.

Conforme visto ao longo de toda a exposição, esta pesquisa atingiu seu objetivo principal, uma vez que analisou as diretrizes e os limites de aplicação das medidas atípicas em execuções pecuniárias, a partir de um estudo doutrinário e jurisprudencial.

Nota-se que o artigo 139, IV, do CPC representa um importante passo para a evolução da tutela executiva, uma vez que permite ao magistrado a utilização de meios

mais adequados e eficientes. Conduto, cumpre salientar que para que o dispositivo legal produza efeitos concretos, é imperioso que os operadores do direito recebam com entusiasmo a novidade, empreendendo esforços na elaboração de medidas justas e capazes de assegurar o crédito.

Com efeito, destaca-se que o rol de parâmetros à aplicação das medidas atípicas aqui tratado não possui natureza exaustiva, tendo em vista que novos preceitos poderão surgir conforme os desafios despertados na prática forense. Outrossim, o tema é abrangente e deve ser alvo de constantes pesquisas pelos intérpretes do direito.

Por fim, salienta-se a importância de aprofundar o estudo de técnicas executivas eficazes, pois “pior do que um Estado que simplesmente abandona seus cidadãos à sua própria sorte [...] é conviver com um Estado que, embora reconheça explicitamente que alguém teve um direito violado ou ameaçado, seja impotente para corrigir essa injustiça” (ARENHART, 2018, p. 1).

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987138/cfi/6/16!/4/4@0:0. Acesso em: 13 ago. 2020.

ALCÂNTARA. Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas: notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado**. Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 11, v. 18, n. 2, p. 219-244, maio/ago. 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26715/20998.Acesso em: 20 set. 2020.

ANDRIOTTI, Rommel. **Medidas executórias atípicas no processo civil** [1ºago. 2018, São Paulo). Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense (São Paulo, 2001-2020).Disponívelem: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/medidas-executorias-atipicas-no-processo-civil/18257. Acesso em: 23 set. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”?.**Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR,** edição especial, ano 3, n. 2, 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/tutela-atipica-de-prestacoes-pecuniarias-por-que-ainda-aceitar-o-e-ruim-mas-eu-gosto/. Acesso em: 16 ago. 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.**Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.**Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos.**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.**Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.**Habeas Corpus nº 478.963 - RS (2018/0302499-2).** Segunda Turma. Relator: Francisco Falcão. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803024992&dt_publicacao=21/05/2019. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.**Recurso em Habeas Corpus Nº 97.876 - SP (2018/0104023-6).** Quarta Turma. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801040236&dt_publicacao=09/08/2018. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.**Recurso Especial nº 1.894.170 - RS (2020/0126951-0).**Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001269510&dt_publicacao=12/11/2020. Acesso em: 22 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas; O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. **Revista Diálogos**, v. 2, n. 1, P. 84-94, 2016. ISSN 2446-6689. Disponível em: http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36. Acesso em: 21 set. 2020.

CANTO, Camila de Paula Rangel; PINHEIRO, Giuliana dos Santos. Medidas atípicas de execução: uma análise dos direitos do devedor. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 5, n. 2, p. 36-52, Jul/Dez 2019, ISSN: 2525-9814. Disponível em: https://core.ac.uk/reader/288182200. Acesso em: 28 out. 2020.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Samo; e DE OLIVEIRA, Alexandre**. Curso de direito processual civil:** execução. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, v. 5, 2018.

FPPC. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Disponível em: https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf. Acesso em: 19 set. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. **Execução e Recursos:** comentários ao CPC 2015: volume 3. Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981761/cfi/6/24!/4/64/18@0:100. Acesso em: 17 ago. 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=body001]!. Acesso em: 30 out. 2020.

LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, v. 1, n. 11, p. 375-402, 2018. Disponível em:https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/200/184. Acesso em: 23 ago. 2020.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa / pesquisa bibliográfica/ teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012408/cfi/6/2!/4/2/2@0.00:54.3. Acesso em: 30 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica.** Disponível em:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=html0]!. Acesso em: 30 out. 2020.

MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218737/cfi/0. Acesso em: 30 out. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Comentários ao código de processo civil –** volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600212/cfi/3!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 17 ago. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v.42, n.265, p.107-150, mar. 2017. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000178c863e603849d4967&docguid=Ia81f8de0e50b11e6a673010000000000&hitguid=Ia81f8de0e50b11e6a673010000000000&spos=2&epos=2&td=94&context=11&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 10 mar. 2021.

RAMOS, Albenides. **Metodologia da pesquisa científica**: como uma monografia pode abrir o horizonte do conhecimento. https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522465989/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 29 out. 2020.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. **Jota,** 21 set. 2016. Disponível em: <http://jota.info/artigos/o-necessario-dia-logo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>). Acesso em: 15 jun. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória. **Migalhas,** 19 out. 2017. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/267289/o-executado-cafajeste-ii---medidacoercitiva-como-instrumento-da-medida-sub-rogatoria-. Acesso em: 24 out. 2020.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa**. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848367/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 23 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**.Disponívelem:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990961/cfi/6/22!/4/186/2/2@0:0. Acesso em: 23 set. 2020.

O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FERRAMENTA DE COMBATE AO PODER PARALELO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Júlia Maria de Moura[1]
Frederico Wellington Jorge[2]

Resumo: O presente artigo discorre sobre 'O acordo de colaboração premiada como ferramenta de combate ao poder paralelo das facções criminosas', tema que se mostra de extrema importância, visto que auxilia no entendimento de como a colaboração premiada pode contribuir com o desmembramento do sistema organizado das facções criminosas. Apresenta, como objetivo geral, analisar a forma com que o referido acordo auxilia no combate ao poder paralelo exercido pelas organizações criminosas. A abordagem será qualitativa e bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento explicativo. A partir da análise, a presente pesquisa revelou que o acordo de colaboração premiada se faz necessário e auxilia de maneira eficaz o combate ao poder paralelo das facções criminosas.

Palavras-chave: Colaboração Premiada, Poder Paralelo, Facções Criminosas.

INTRODUÇÃO

O Brasil vem sendo constantemente vitimado pelos mais variados tipos de organizações criminosas, foi diante dessa realidade que houve o surgimento da Lei nº 12.850/13 que trata sobre Organizações Criminosas e apresenta o instituto da Colaboração Premiada, recentemente visualizado pela população brasileira na intitulada "Operação Lava-Jato", que desmascarou um grupo criminoso formado por políticos e líderes de empresas que atuavam, de forma não violenta, cometendo o crime do colarinho branco.

Neste norte, a eficácia do Acordo de Colaboração Premiada em crimes que não envolvem violência foi comprovada e é nesse sentido que o tema destacado como "O acordo de colaboração premiada como ferramenta de combate ao poder paralelo das facções criminosas" se mostra atual e relevante, tendo em vista o estudo e conhecimento do referido instituto em organizações que atuam de forma violenta.

Partindo de uma análise sociológica, apontando quais fatores contribuíram para o nascimento e o fortalecimento desses grupos criminosos, o presente trabalho apontará as falhas deixadas pelo Estado que colaboraram para a expansão dessas organizações, entretanto, a análise processual mostrará a atuação Estatal aparecer novamente com a criação do Acordo de Colaboração Premiada na proposta de uma ferramenta útil para conter e erradicar as facções criminosas.

A proposta é realçar a forma como o Acordo de Colaboração Premiada se mostra uma ferramenta eficaz no combate ao poder exercido pelas facções criminosas que, de uma maneira geral, exercem grande influência principalmente no interior dos estabelecimentos prisionais e nas periferias, agindo de maneira ilícita e afetando a vida da população como um todo.

A atuação desses grupos é tamanha que hoje exercem um poder paralelo, com regras próprias, impondo um limite na atuação Estatal que luta no combate à expansão da

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). e-mail: juliamariadmoura@gmail.com.
2. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Alto Vale do Itajaí (UNIVALI), bacharel em Direito pela ACE (1999). Atualmente é professor do curso de Direito na Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Advogado sócio no escritório FWJorge Advogados Associados OAB/SC nº 1940/12. e-mail: fwjorge@fwjoge.com.br

criminalidade por eles exercida, gerando um ciclo de instabilidade e medo na população em geral que vive refém do comando exercido pelo crime.

Dessa forma, a problemática do tema é apresentada ante a atuação dominante das facções criminosas, que contribuem com a insegurança e o medo, que, de acordo com Masulo (2020) "(...) impede o nosso desenvolvimento, impulsiona a violência paralisa pessoas de bem, trava ações de agentes de segurança e alimenta um ciclo do mal", sendo extremamente necessária a abordagem de uma forma de combate à essas organizações que possuem como objetivo a propagação do crime.

Nesse contexto, a presente pesquisa buscará abordar a contribuição do acordo de colaboração premiada no combate às organizações criminosas, demonstrando a forma como a atuação Estatal pode fazer uso desta ferramenta no processo de desmembramento desses grupos, buscando extingui-las por completo.

Assim, o presente artigo fará inicialmente uma abordagem sobre as facções criminosas, demonstrando o funcionamento do poder paralelo por elas exercido, em seguida, apresentará a Lei de Organizações Criminosas em uma análise restrita ao acordo de colaboração premiada, sendo finalizado com uma pesquisa que incorpora o acordo de colaboração premiada às facções criminosas.

1. AS FACÇÕES CRIMINOSAS E O PODER PARALELO

1.1 A origem das facções criminosas no Brasil

O crime organizado nada mais é do que uma espécie delituosa que obteve seu desenvolvimento e aperfeiçoamento juntamente com o desenvolvimento socioeconômico da sociedade ao qual estava inserido. (CÍCERO, SOUZA, 2019)

No Brasil, essa modalidade já está presente no cotidiano da população. O primeiro grupo característico do crime organizado que se tem conhecimento no país é o Cangaço. Com origem na região nordestina, no final do século XIX e início do século XX, foi um movimento social armado, definido por brigas políticas, disputa de terras e luta pela honra. (SANTOS, 2018)

Entretanto, em que pese o primeiro movimento característico do crime organizado ter acontecido no início do século passado, foi dentro dos estabelecimentos prisionais, nas décadas de 70 e 90 que o crime organizado ganhou visibilidade e ficou conhecido no cenário nacional. (MACHADO, 2018)

A falta de estrutura, de condições básicas de sobrevivência e a violência dentro dos presídios e penitenciárias fizeram surgir as duas maiores organizações criminosas do país, o Comando Vermelho (CV), a primeira organização criada no Brasil fundada em 1979, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), que teve seu surgimento em 1993 e se tornou a maior das facções, presente hoje em todos os 26 estados da Federação. (KADANUS, 2019)

O Comando Vermelho surgiu no presídio Cândido Mendes, na Ilha Grande, estado do Rio de Janeiro, sendo resultado das péssimas condições de vida e da convivência entre presos comuns e presos políticos, neste sentido:

> A partir dos anos 60, a Ilha Grande se transforma num depósito para os mais perigosos. Vira "prisão de segurança máxima". E ainda se comete o erro de juntar o bandido dito irrecuperável com o velho presidiário, que trabalha de colono nas lavouras em torno do presídio. Muitos homens condenados por crimes menores também enfrentam a convivência com o que há de pior nos arquivos do Tribunal de Justiça. A Ilha Grande ganha status de um curso de pós-doutorado no crime.

> Quem entra ladrão sai assaltante. Aquele que tentava a sorte sozinho sai chefe de quadrilha (AMORIM, 1993).

Em São Paulo as péssimas condições da Casa de Custódia de Taubaté deram início ao Primeiro Comando da Capital, que nasceu com o objetivo de exigir melhores condições de vida aos presos e vingar o massacre do Carandiru, que aconteceu em 1992, quando houve uma intervenção da Polícia Militar na Casa de Detenção de São Paulo resultando na morte de 111 detentos, como aponta o primeiro estatuto criado pelo PCC (2017, sp):

> (...) Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre, semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 111 presos, foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos sacudir o Sistema e fazer essas autoridades mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiça, opressão, torturas, massacres nas prisões.

O Anuário de Segurança Pública de 2018 aponta que além do Comando Vermelho e do Primeiro Comando da Capital, existem outras 35 facções espalhadas pelo país e, sabe-se que cada vez mais esses grupos se aproveitam da deficiência do Estado para crescerem e se fortalecerem.

Ainda nas unidades prisionais, a superlotação faz com que esses ambientes tenham solo fértil para a atuação das organizações criminosas, visto que não há poder Estatal suficiente para controlar todos os detentos, Jarczewski (2019, p. 8) dispõe que "(...) Com o aumento do encarceramento, a prisão é deslocada para o centro do debate público sobre segurança. No entanto, esse aumento deixou lacunas, que não foram suprimidas pela administração estatal".

Assim, como resultado dessas lacunas, os detentos se encontram obrigados a buscar outro meio de proteção, que não o legal exercido pelo Estado, como explica Dias (2011, p. 188):

> No universo social da prisão, a violência estava na base dos mecanismos de resolução de todas as formas de conflito. A capacidade de utilização da força física estava pulverizada nesse espaço social, onde não existia qualquer núcleo central que se colocasse acima dos indivíduos e dos grupos – ou bandos – que se digladiavam. Inexistia qualquer autoridade central que pudesse ofertar proteção aos mais fracos e vulneráveis, sendo que cada um só podia contar consigo mesmo e com sua capacidade de estabelecer alianças e/ou se introduzir em algum desses numerosos bandos para tentar se proteger ou receber proteção.

A deficiência do sistema carcerário Brasileiro é apenas um dos meios de captação de membros utilizado pelas facções criminosas, fora das grades, muitas vezes, o recrutamento não se faz necessário, visto que para muitos fazer parte desse sistema criminoso se torna vantajoso e a única chance de suprir as necessidades materiais, sobre o tema, Melo (2019) esclarece que:

> (...) o envolvimento de jovens em facções criminosas representa hoje um "negócio" rentável e altamente cobiçado para alguns. Fazer parte de uma facção, para pessoas remetidas à condição de vulnerabilidade e de não reconhecimento, significa a possibilidade de sanar dificuldades materiais e, ao mesmo tempo, ser reconhecido — ainda que por um breve período de tempo e pelos próprios pares. Ou seja, é uma opção valorizada por muitos jovens, e as organizações criminosas

> não precisam se preocupar com o recrutamento deles, pois eles vão aderir a elas de acordo com sua própria vontade e agência nesse sentido.

Desse modo, percebe-se que as facções criminosas se fazem presentes onde há a omissão na atuação Estatal, seja nos estabelecimentos prisionais, onde o encarceramento em massa e a falta de agentes permite que haja um controle próprio exercido pelos detentos, ou, ainda, no descaso com a população periférica, que é negligenciada quando se trata de condições básicas de vida e oportunidades de emprego. (SANTOS; JORGE; SOUZA, 2017)

1.2 A estrutura organizada

Como já mencionado, é notório que a captação de membros pelas facções criminosas não é um trabalho difícil, entretanto, sabe-se que uma vez que o indivíduo é integrado ao grupo criminoso deverá seguir às regras por ele impostas, neste sentido, Dias (2018, sp), discorre que “Para os filiados, o PCC ainda oferece uma série de vantagens, como advogados, transportes, cesta básica, ajuda a familiares etc. A desvantagem dos que se filiam é a perda da autonomia e a necessidade de obedecer a um comando.”.

O comando presente nas facções criminosas faz parte da principal característica do grupo: a estrutura organizada, que pode ser visualizada através da criação de estatutos e, se analisada através da maior facção criminosa do país, o PCC, possui um aspecto piramidal, com uma divisão de células que compõe os mais variados setores. (DIAS, 2018)

Em seu estatuto, o PCC ainda caracteriza esses setores como “sintonia”, tendo como “sintonia final” a última instância, onde se encontra a alta patente da organização.

> 10 Item: Deixamos claro que a Sintonia Final é uma fase da hierarquia do Comando composta por integrantes que tenham sido indicados e aprovados pelos irmãos que fazem parte da Sintonia Final do Comando. Existem várias Sintonias, sendo a Sintonia Final a última instância. O objetivo da Sintonia Final é lutar pelos nossos ideais e pelo crescimento da nossa Organização. (ESTATUTO PCC, 2017)

As várias sintonias existentes integram todo o esquema criminoso da organização, encaixando todos os membros para as mais variadas funções, como por exemplo, o “setor do raio-x” responsável pela logística de distribuição de maconha do grupo ou a “padaria”, responsável pelo preparo, guarda e distribuição da droga entre os integrantes, como aponta investigação do Ministério Público de São Paulo realizada em 2020.

Percebe-se, assim, que a estrutura organizada vai muito além da obediência de membros a um líder, e, para garantir o funcionamento dos setores, os líderes exercem o comando e mantêm o controle de seus membros inclusive do interior dos estabelecimentos prisionais, que, novamente aparecem como facilitadores dos grupos criminosos, tendo papel adverso ao qual são destinados, acabam se tornando o home office dos grandes criminosos. (JUNGMANN, 2017)

1.3 O poder paralelo

As facções criminosas contam com uma ampla rede organizada para se manter em funcionamento e, como já apresentado, o Estado acaba por ser um grande colaborador, contribuindo não apenas com o nascimento, mas também com o fortalecimento e até mesmo possibilita o comando desses grupos, assim, verifica-se que o poder exercido pelo

Estado não atinge a essas organizações, fazendo com que elas exerçam um poder próprio, paralelo ao Estatal. (FARIAS, 2019)

Inicialmente, é possível visualizar esse poder sendo exercido no interior do sistema carcerário brasileiro, visto que a existência dessas instituições nos estabelecimentos prisionais, por si só, já demonstra a falta de atuação do poder público, conforme elucida Maia (2011, p. 10):

> (...) A existência de facções com o fim de obter vantagens, patrimoniais ou não, no interior do presídio já se apresenta como um poder paralelo ao estatal. Isto porque, na realidade, quem controla os presos são os líderes das falanges, embora seja este controle uma obrigação do Estado, o responsável pela administração e manutenção das unidades prisionais em todo o país.

Entretanto, sabe-se que não é apenas entre as grades que as facções possuem ampla atuação, nas periferias, utilizam-se do descaso dos entes públicos para reforçar a ideia de que justiça e punição é algo que se espalha entre o subúrbio, ainda, a desconfiança que paira sobre o sistema de justiça como um todo, inclusive com a seletividade policial quando trata pessoas periféricas como não dignas, contribui para o fortalecimento desse poder paralelo. (MELO, 2017)

O comando exercido pelas organizações criminosas sobre favelas é a forma mais pura de demonstrar o poder por elas desempenhado. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, mais de 3 milhões de moradores residem em áreas sob o comando de facções criminosas, como é possível inferir do site de notícias "G1", que utilizou dados do Mapa dos Grupos Armados do Rio, o Comando Vermelho atua em uma área em que 2.981.982 (dois milhões, novecentos e oitenta e um mil, novecentos e oitenta e dois) moradores residem, enquanto o Terceiro Comando conta com uma área habitada por 445.626 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e vinte e seis) civis, e, por fim, os Amigos dos Amigos, que tem influência sob uma área onde 48.232 (quarenta e oito mil, duzentos e trinta e dois) habitantes vivem.

Em que pese esse poder paralelo seja exercido de maneira visível, aponta Cano (2002, p. 1) que “Não vai ser fácil acabar com uma situação que possui raízes históricas profundas e que levou bastante tempo até se consolidar (...)”, um poder que se utiliza das lacunas deixadas pelo Estado para se fortalecer, precisa da atuação do Estado para ser combatido.

Entretanto, sabendo da dificuldade e da importância no combate à essas organizações, o poder público regulamentou a Lei nº 12.850 de 2013, que define organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais, bem como rege sobre o procedimento criminal, apontando meios para amenizar o desenvolvimento desses grupos e, quem sabe um dia, pôr fim ao comando por eles exercido (GRECO FILHO, 2014).

2. O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E SEU FUNCIONAMENTO

2.1 A Lei de Organização Criminosa

Publicada em 02 de agosto de 2013, a Lei de Organizações Criminosas foi criada com a proposta de reparar carências existentes há décadas no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a legislação pátria já apresentava meios de obtenção de prova específicos para o crime organizado, mas não apontava uma definição objetiva e concreta para organizações criminosas. (VIANA, 2017)

Dessa forma, a Lei nº 12.850/13, aponta requisitos obrigatórios para a configuração de uma organização criminosa, tais como, união de quatro ou mais pessoas, estrutura ordenada, divisão de tarefas, obtenção de vantagem de qualquer natureza, cometimento de crime com pena máxima superior a quatro anos ou cometimento de crime de caráter transnacional.

Ainda, a doutrina apresenta outras características que contribuem para a identificação de uma organização criminosa, como, por exemplo, especialização de tarefas, existência de vários níveis de hierarquia, possível existência de membros de órgãos públicos infiltrados, durabilidade, conexão com outras organizações e a coação de pessoas não participantes mediante violência, chantagem ou aproveitamento. (GRECO FILHO, 2014)

Dessa forma, considerando a quantidade de requisitos que devem estar presentes para a caracterização de uma organização criminosa, a Lei nº 12.850/13 prevê, em seu artigo 3º, meios de obtenção de prova específicos para a investigação desse tipo penal, como a colaboração premiada, ação controlada, infiltração, interceptação, entre outros. (COUTINHO, 2020)

Sendo o primeiro instituto apontado como meio de obtenção de prova e objeto de estudo do presente artigo, o acordo de colaboração premiada consiste em uma recompensa ofertada ao réu quando este confessa a execução de um ato criminoso e auxilia o Estado com a produção de provas. (NUCCI, 2019)

2.2 aspectos históricos do acordo de colaboração premiada

Em que pese o acordo de colaboração premiada tenha sido legislado com maior amplitude na Lei de Organizações Criminosas de 2013, sabe-se que o instituto está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas, decretadas no início do século XVII, vigorando durante a Inconfidência Mineira, conspiração que tinha como objetivo alcançar a independência do Brasil e não obteve êxito pelas delações realizadas pelos seus próprios participantes. (SERÓDIO, 2017)

A Inconfidência Mineira teve seu fim com a promulgação do Código Penal de 1830, nesse sentido, Castro (2019, sp), explica que “Devido à sua questionável ética, uma vez que incentivava uma traição, ou seja, uma forma antiética de comportamento social, o instituto acabou abandonado, reaparecendo somente na década de 1990 (...).”.

Foram em edições de legislações esparsas que o instituto voltou a ser visto no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, foi possível visualizá-lo na Lei de Crimes Hediondos, que em troca do desmantelamento da quadrilha – único resultado útil possível – previa a minoração da pena. (CORDEIRO, 2020)

Em seguida, outras normas jurídicas legislaram acerca da colaboração premiada, como é o caso da Lei dos Crimes Tributários e Econômicos, que, no parágrafo único do art. 16 discorre que “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”.

Anos depois, a Lei de Lavagens de Capital também discorreu sobre o acordo, prevendo diminuição de pena, possibilidade de alteração do regime prisional, substituição da privação da liberdade por restrição de direitos e até perdão judicial, entretanto, não exigia como resultado útil a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, bem como não requeria informações que pudessem acarretar na prevenção de crimes da mesma espécie. (SILVA; SILVA; BRAGA, 2017)

A Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, promulgada em 1999, apresentou inovações ao atentar-se com a segurança do colaborador, nesse sentido, Bonoldi (2015, p 7):

> Seguiu-se, então, a trajetória de regulação da delação premiada com a Lei nº 9.807/1999, a Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e ao Réu Colaborador, que, nesse contexto, teve especial relevância devido ao fato de o legislador preocupar-se pela primeira vez com a integridade física dos colaboradores e ter iniciado a reestruturação do instituto (...).

Por fim, a Lei de Drogas é a última legislação esparsa a tratar acerca da colaboração premiada, garantindo a diminuição da pena do agente que identifica coautores e partícipes, bem como auxilia na recuperação total ou parcial dos produtos objetos do crime (MEDRADO, 2020)

Percebe-se que apesar do referido acordo ter previsão legal em diversas outras Leis, sempre foi tratado de forma material, prevendo benefícios e resultados de maneira diversa e mutável, dessa forma, Mendonça (2013, sp), explica que a Lei de Organizações Criminosas "veio suprir as lacunas em relação ao procedimento, à legitimidade, garantia das partes, etc.", se mostrando de suma importância para a uniformização do instituto.

2.3 o acordo de colaboração premiada na Lei de Organizações criminosas

A Lei nº 12.850/13, além de sanar as obscuridades com relação ao procedimento, em seu primeiro artigo a tratar do acordo de colaboração premiada o define como "negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova que pressupõe utilidade e interesses públicos", ainda, leciona sobre o estágio inicial da negociação e estabelece em quais termos acontece a participação da defesa. (ASSUMPÇÃO, 2020)

Após a parte inicial, outras duas fases são previstas para o instituto, sendo a segunda definida com a homologação judicial do acordo e a terceira caracterizada com a sentença que deferirá ou não os benefícios previstos considerando o cumprimento dos requisitos e o comportamento do colaborador. (GRECO FILHO, 2014).

Percebe-se assim que alguns requisitos são necessários para a concessão dos benefícios previstos ao colaborador e, levando em consideração que o ato parte de uma confissão, uma das exigências a ser cumprida é a voluntariedade, sendo, a outra a eficácia, ou seja, além de espontâneo o acordo deve ser eficaz, atingindo aos resultados previstos no art. 4º da Lei de Organizações Criminosas. (CALLEGARI, 2019)

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (Lei nº 12.850/13)

Com o cumprimento de um ou mais incisos do artigo acima elencado há a execução da segunda fase do instituto, tendo em vista que sucedidas as exigências, o acordo de colaboração premiada é homologado e o colaborador constitui o direito de receber as benesses previstas. (BOTTINI; ARAS, 2020)

Homologado o acordo, o colaborador pode receber a concessão do perdão judicial, resultando na extinção de sua punibilidade, a redução de pena em até 2/3 ou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, Nucci (2019, p. 63) esclarece ainda que “A opção deve levar em consideração o grau de cooperação do delator, pois quanto mais amplo e benéfico aos interesses do Estado, maior deve ser o seu prêmio.”.

Outras hipóteses elencadas pelos parágrafos do art. 4º possibilitam o não oferecimento da denúncia e, em casos de acordo homologado após a sentença há a oportunidade de redução de pena pela metade ou a progressão de regime mesmo que os requisitos objetivos não estejam presentes. (DALLA; WUNDER, 2018)

Além dos benefícios, a Lei de Organizações Criminosas prevê, em seu art. 5º, direitos e garantias ao colaborador, tais prerrogativas consistem na proteção prevista na Lei de Proteção à Testemunha e Vítima, na preservação de informações pessoais, bem como nome, qualificação e imagem, na condução separada dos demais acusados, na participação em audiências sem contato visual, na privacidade de não ser fotografado ou filmado sem autorização, assim como não ter sua identidade revelada por meios de comunicação, e, por fim, na possibilidade de cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento prisional diverso dos delatados.

Entretanto, em que pese todos os requisitos, benefícios e garantias previstos, a sentença proferida não pode ser baseada apenas na palavra do colaborador, devendo ser fundamentada com outros meios de prova, nesse sentido, Cunha (2019, sp) esclarece que “O dispositivo exige, para embasar a condenação, outras provas além das palavras do agente colaborador. É dizer: se a declaração se mostrar isolada, sem correspondência em alguma outra prova, ela não se prestará, por si só, para justificar um édito condenatório.”.

Dessa forma, percebe-se que a Lei nº 12.850/13 trouxe ao acordo de colaboração premiada maior segurança jurídica, visto que solidificou ainda mais a lealdade entre as partes, apontando direitos e deveres para os dois lados e fazendo com que haja um incentivo na utilização do instituto. (SANNINI, 2020)

3. A CONTRIBUIÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO PODER PARALELO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

3.1 Colaboração Premiada x Primeiro Comando da Capital

Apesar de ter sido apenas com a criação da Lei de Organizações Criminosas que o instituto da colaboração premiada passou a ser melhor regulamentado, no início do século já era colocado em prática na maior facção criminosa do país, com a delação de José Marcos Felício, conhecido como Geleião, um dos fundadores do Primeiro Comando da Capital, que em 2002 realizou um acordo com a justiça na esperança de ter sua pena reduzida. (MARQUES, 2010)

Com a entrega dos comparsas, Geleião teve sua sentença de morte decretada pela facção que ajudou a criar e não ganhou a redução da pena esperada, apenas obteve autorização para passar uns dias na casa da ex-mulher, com relação à sanção penal, teve

mais de quarenta anos atrás das grades em uma penitenciária destinada à presos que cometeram crimes sexuais, fora do alcance dos filiados ao PCC. (JOZINO, 2019)

Anos depois, outra peça importante da facção colaborou com as autoridades, Orlando Motta Junior, o Macarrão, contribuiu com o Ministério Público em uma investigação que durou três anos e revelou informações importantes sobre o grupo como a quantidade de líderes (oito), quantidade de membros (11,4 mil), lugar de atuação (22 estados e o Distrito Federal), arsenal (cem fuzis, cem pistolas e trinta metralhadoras), movimentação de dinheiro (cerca de R$ 120 milhões por ano), bem como planos de resgates, ataques e nomes de traficantes que forneciam drogas à facção. (SIQUEIRA, 2016)

A contribuição ainda revelou com detalhes o funcionamento da sintonia dos gravatas, criada por Macarrão, o resultado dessa colaboração foi uma investigação que prendeu e condenou mais de quarenta advogados e estabeleceu a sentença do líder Marcola com trinta anos de reclusão. (JOZINO, 2021)

Diferentemente de Geleião e Macarrão, Marcola, um dos principais nomes da organização, colaborou com a justiça e não teve graves consequências previstas pelos companheiros, em uma contribuição que desmantelou o esquema telefônico da facção, Marcos Willians Herbas Camacho, entregou dois comparsas – com quem dividia a liderança do grupo organizado – e passou a comandar o Primeiro Comando da Capital sozinho. (ALESSI, 2017)

A mais recente colaboração entre membros e líderes do PCC foi realizada em julho de 2020 com o acordo de colaboração premiada já legalmente regulamentado pela Lei de Organizações Criminosas, por Felipe Ramos de Morais que resolveu negociar informações com a Policia Federal e o Ministério Público Federal em troca da redução da pena de sua condenação. (ABREU, 2020)

Piloto aéreo da facção, Felipe transportava drogas, armas e integrantes do grupo criminoso, a colaboração resultou em cinco mandados de prisão, 22 mandados de busca e apreensão e ajudou a identificar um programa de lavagem de dinheiro que envolvia uma rede de postos de combustível de São Paulo. (ADORNO, 2021)

Percebe-se assim que o instituto da colaboração premiada é uma ferramenta útil no combate às organizações criminosas e, segundo Anselmo (2016, sp) é “certamente um dos grandes paradigmas do novo processo penal brasileiro”, contribuindo com investigações que corroboradas com outras provas, trouxeram bons resultados ao Estado e atuaram de maneira prejudicial ao poder do crime organizado.

3.2 Riscos e controvérsias do Acordo de Colaboração Premiada

Em que pese a utilização do acordo seja cada vez mais comum e esteja apresentando cada vez mais resultados, uma parcela da doutrina ainda se mostra contrária à sua utilização, argumentando acerca da incapacidade Estatal no desempenho da segurança social, visto que há a promessa de um benefício ao colaborador como consequência da traição aos seus comparsas. (PÁDUA, 2018)

As ideias contrárias ao acordo, discorrem, ainda, acerca do incentivo à traição, tendo em vista que para a celebração do instituto é necessário que haja a voluntariedade de um partícipe, que deverá confessar sua atuação no ato criminoso e ainda indicar coautores. (NUNES; SILVA; OLIVEIRA, 2018)

Além dos debates relacionados à traição e à incapacidade do Estado, Noleto (2018, sp), defende a ideia da instabilidade, visto que se baseia na “celeridade de uma investigação e eficiência das autoridades policiais, em detrimento da ameaça ao Estado

Democrático de Direito", caminhando contra a proporcionalidade da aplicação da sanção penal.

Outro ponto contrário à utilização do acordo de colaboração premiada é a possibilidade de falsas delações, tendo em vista que as vantagens prometidas ao colaborador podem compensar a entrega de falsas informações. (GORGA; MARCHIONI, 2016).

São muitas as críticas à aplicação do instituto no sistema penal brasileiro, a parcela da doutrina contrária à sua utilização aponta ainda que a colaboração premiada vem sendo utilizada de maneira equivocada e apresenta uma forma do Estado coagir o criminoso a delatar ou confessar algum ato ilícito. (REIS, 2019)

3.3 a eficácia do acordo de colaboração premiada no combate ao poder paralelo das facções criminosas

Apesar do posicionamento contrário, a censura da aplicação do instituto não é regra geral, há parte da doutrina que o defende como meio de obtenção de prova e caracteriza-o como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, BALTAZAR JÚNIOR (2017, p. 626), explica:

> Em minha posição, a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam, largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, na verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral (...), residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de cometer crimes e passa a colaborar com o Estado para minorar seus efeitos, evitar sua perpetuação e facilitar a persecução.

Nesse sentido, Valley (2017, sp), discorre que "A ética certamente impõe um comportamento individual orientado pelo interesse coletivo e, numa sociedade desenvolvida, presume-se que a lei, criada por representantes do povo, seria o farol ético a ser seguido." Aduzindo ser inviável a alegação de que o instituto é antiético.

No que diz respeito à possibilidade de informações falsas serem reveladas pelo colaborador, deve-se levar em consideração a natureza de contraprestação apresentada pelo instituto, ou seja, há uma via de mão dupla onde benefícios apenas serão concedidos se os elementos fornecidos pelo partícipe apresentarem algum resultado útil. (ANTONIOLLI, 2017)

Não obstante, deve-se levar em consideração que além da obrigatoriedade do resultado útil, há o dever de contribuir com informações verdadeiras, visto que a informação falsa prestada pelo colaborador faz o acordo perder eficácia, resultando no prosseguimento do processo sem qualquer regalia a ser concedida ao réu. (GORGA, MARCHIONI, 2016)

Ainda a crítica acerca da probabilidade de ausência de proporcionalidade na aplicação da sanção penal, não merece ser aplicada visto que a colaboração premiada é regida pelo princípio da proporcionalidade, onde a pena corresponde ao grau de culpabilidade do agente, ou seja, o réu que auxilia o Estado demonstra culpabilidade menor, devendo assim receber uma sanção menos rigorosa. (NUNES JÚNIOR, 2017)

Percebe-se assim que o instituto da colaboração premiada é eficaz no que diz respeito ao combate às facções criminosas, visto que o colaborador contribui com a fase de investigações e uma vez que o auxílio constitui informações relevantes, que se mostram reais quando corroboradas com outras provas, surge o direito de usufruir dos benefícios assegurados pelo Estado. (FERREIRA, 2010)

Além da contribuição efetiva com garantia de benefícios condicionada ao resultado útil, tem-se do instituto da colaboração premiada uma maneira célere de resolução de conflitos e assertiva no que diz respeito ao desmembramento de facções criminosas, sendo benéfica tanto para o colaborador quanto para o Estado tendo em vista a presença de mais vantagens do que desvantagens no que tange à sociedade como um todo. (FONSECA; TABAK; AGUIAR, 2015)

Dessa forma, entende-se que a reprovação do acordo estabelece uma conquista aos criminosos, visto que estes ofendem a ética agindo com normas próprias, tornando o instituto um “mal necessário”, ou seja, levando em consideração que o crime organizado constitui grande inserção no poder Estatal e dispõe de condições certas para abalar a democracia, o acordo de colaboração premiada se faz de extrema importância para a garantia da tutela do Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2019)

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A pesquisa teve abordagem qualitativa, que, para Appolinário (2017), é uma pesquisa que “(...) prevê, majoritariamente, a coleta de dados a partir de interações sociais do pesquisador com o fenômeno pesquisado”. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Longo (2013) pondera que o Direito, assim como as outras ciências de natureza social, estuda um fenômeno específico, que está inserido em uma situação individual, o que faz com que o método qualitativo torne possível realizar o controle das hipóteses envolvidas, tornando a pesquisa mais objetiva.

Ainda, utilizou-se ama análise bibliográfica, onde foram analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Sendo, esse tipo de pesquisa, mais vantajoso do que a pesquisa direta, visto que permite que haja um alcance mais amplo dos dados coletados. (GIL, 2008)

Para contribuir, apresentou-se a pesquisa documental, empregando variados documentos que ainda não constituem abordagem crítica apropriada visto que, essa modalidade de estudo apresenta uma fonte abundante e duradoura de dados. (LOZADA, NUNES, 2019, apud GIL, 2010)

O método, é o meio pertinente que “exigem a eleição de uma lógica subjacente que permita formalizar os resultados da pesquisa” (ROVER; DUARTE; CELLA, 2008). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa foi explicativa, visto que teve como objetivo investigar a realidade, sendo viável para, segundo Raymundo (2020, sp), “encontrar a razão para que certos eventos tenham acontecido, bem como determinar suas prováveis consequências.”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta contra a criminalidade é uma constante, há décadas a população brasileira vive refém da atuação dos grupos criminosos que se formaram dentro dos estabelecimentos prisionais e hoje estão presente em todos os estados da federação, estabelecendo regras próprias e determinando o caminho a ser seguido pela sociedade.

O Comando Vermelho surgiu da falta de organização Estatal, na mistura de presos comuns com presos políticos, o Primeiro Comando da Capital nasceu com o objetivo de

frear o abuso de autoridades dentro dos superlotados estabelecimentos prisionais e vingar o massacre do Carandiru.

Uma vez criados e firmados em solo nacional, a expansão aconteceu de forma espontânea e inevitável e pareceu ser tão certo e vantajoso que hoje são cerca de 37 facções criminosas em atuação no país.

Com as lacunas deixadas pela omissão Estatal fazendo o trabalho de captação de membros para os grupos criminosos, não restou outra alternativa ao Estado senão a de trabalhar em conjunto com esses integrantes, foi nesse sentido que o Acordo de Colaboração Premiada passou a ser legislado.

Previsto inicialmente nas Ordenações Filipinas e extinto por ser considerado um incentivo à traição, o instituto passou a ser estabelecido em leis esparsas após a década de 1990, tendo na Lei de Organizações Criminosas ganhado segurança jurídica e regras próprias que sustentam um sistema de mão dupla, visto que além de orientar acerca do procedimento, prevê direitos e garantias ao Estado e ao agente colaborador.

O acordo é simples: o colaborador pode ter regalias como o perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 ou substituição pela pena privativa de direitos se de forma efetiva e voluntária auxiliar o Estado e contribuir com a identificação dos coautores e partícipes do ato ilegal, a revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas do grupo, a prevenção de infrações penais resultantes da atuação da organização, a recuperação total ou parcial dos produtos ou proveitos do ato criminoso ou, ainda a localização de possível vítima com sua integridade física preservada.

Sabendo da atuação violenta desses grupos criminosos, há garantias de segurança ao réu colaborador, tais como o direito de utilizar das medidas previstas na Lei de Proteção à Testemunha, de ter preservado seu nome, bem como qualificação imagem e informações pessoais, de ser conduzido separadamente dos coautores e partícipes, da realização de audiência sem contato visual com os demais acusados, de não ter a identidade revelada pelos meios de comunicação e ainda de não ser filmado ou fotografado sem prévia autorização por escrito e, por fim é garantido a possibilidade de cumprir pena em estabelecimento prisional diverso dos demais coautores.

Mesmo com a segurança jurídica e uniformidade trazidas ao instituto pela Lei nº 12.850/13, há quem assegure críticas ao referido acordo, apontando falha na atuação Estatal em firmar um acordo com um criminoso e ainda agir de forma antiética ao incentivar a traição.

Entretanto, não há como concordar com as críticas impostas, sabe-se que o acordo de colaboração premiada é cada vez mais utilizado e vem apresentando cada vez mais resultados, comprovando sua eficácia, enfraquecendo pouco a pouco às facções criminosas e aumentando a segurança social.

Entende-se que a reprovação do instituto da colaboração premiada favorece tão somente os criminosos e o crime organizado de forma que as críticas não merecem prosperar visto que não há comportamento antiético por parte do Estado quando há ganhos maiores que perdas e, nesse sentido, as vitórias são muitas, uma vez que no final o maior benefício é da sociedade.

O alto grau de periculosidade das facções criminosas torna o acordo de colaboração premiada indispensável como meio de obtenção de prova, visto que a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas é tão bem executada que dificulta a atuação Estatal, que, por sua vez, instaura investigações e produz provas que corroboradas com as informações decorrentes da colaboração premiada, enfraquece cada vez mais os grupos criminosos.

Percebe-se, assim, que atualmente o instituto da colaboração premiada é indispensável, efetivo e poderoso no combate às facções criminosas, devendo seguir sempre as duas premissas básicas de voluntariedade e eficácia para garantir o desmantelamento desses grupos criminosos, atuando sempre em benefício da sociedade, dos direitos e garantias coletivos, bem como na defesa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Allan de. **PCC na contramão da crise**. 2020. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/pcc-na-contramao-da-crise/. Acesso em: 23 maio 2021.

ADORNO, Luis. **O delator da facção criminosa PCC: uma cabeça a prêmio**: como informações de um piloto prestador de serviços ao crime organizado levou doleiros à prisão. Como informações de um piloto prestador de serviços ao crime organizado levou doleiros à prisão. 2021. Disponível em: https://noticias.r7.com/sao-paulo/o-delator-da-faccao-criminosa-pcc-uma-cabeca-a-premio-09052021. Acesso em: 23 maio 2021.

ALESSI, Gil. **Marcola, a traição e morte que rondam seu caminho rumo ao topo do PCC**. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/20/politica/1511192812_378202.html. Acesso em: 23 maio 2021.

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho**: a história do crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 1993. 142 p. Disponível em: https://www.academia.edu/24597785/Comando_Vermelho_A_Historia_Sec_Carlos_AAAmor. Acesso em 14/04/2021

ANSELMO, Marcio Adriano. **Colaboração premiada não pode prescindir da devida investigação criminal**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/academia-policia-colaboracao-premiada-nao-prescindir-devida-investigacao-criminal. Acesso em: 23 maio 2021.

ANTONIOLLI, Bárbara Virgínia. **A EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**. 2017. 69 f. Monografia - Curso de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1892. Acesso em: 25 abr. 2021.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf. Acesso em: 04 out. 2020.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Metodologia Científica**. São Paulo: Cengage Learning, 2016. 83 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522122424/cfi/82!/4/2@100:0.00. Acesso em: 22 nov. 2020.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 248 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591514/cfi/3!/4/2@100:0.00. Acesso em: 14 abr. 2021.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219680/cfi/6/4!/4/2/2@0:0. Acesso em: 22 maio 2021.

BONOLDI, Marcia Maria Vargas Rojas. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A SUA REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Revista Eletrônica Ajufesc**, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 1-22, mar. 2015. Disponível em: https://ajufesc.org.br/revista-eletronica/. Acesso em: 24 abr. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ARAS, Vladimir. **Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada**. 2020. Disponível em: http://www.btadvogados.com.br/pt/reflexoes-sobre-a-homologacao-do-acordo-de-colaboracao-premiada/. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 13 de agosto de 2013. **Lei de Organizações Criminosas**. Brasília, 13 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=Art.. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Lei dos Crimes Tributários e Econômicos**. Brasília, 27 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

CALLEGARI, André Luis. **Colaboração Premiada**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 304 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612420/cfi/303!/4/4@0.00:56.5. Acesso em: 14 abr. 2021.

CANO, Ignácio. **Como substituir o poder paralelo.** 2002. Laboratório de Análise da Violência - UERJ. Disponível em: http://www.lav.uerj.br/docs/art/ic/ic_11-06-02-JB.pdf. Acesso em: 07 out. 2020

CASTRO, Daniel Conceição de. **Instituto da colaboração premiada no ordenamento penal brasileiro: um enfoque principiológico**. 2019. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10721/Instituto-da-colaboracao-premiada-no-ordenamento-penal-brasileiro-um-enfoque-principiologico. Acesso em: 24 abr. 2021.

CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. A origem do crime organizado e a sua definição à luz da Lei nº 12.694/12. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 15., 2019, Toledo. **Anais [...] .** Toledo: Etic, 2019. p. 1-22.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 243 p. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988012/cfi/6/36!/4/1070/44/2@0:60.1. Acesso em: 24 abr. 2021.

COUTINHO, Nathália Neves da Nobrega. As Organizações Criminosas Previstas Na Lei Nº 12.850/2013 e Suas Peculiaridades. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo. fev. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-organizacoes-criminosas-previstas-na-lei-no-12-850-2013-e-suas-peculiaridades/. Acesso em: 11 abr. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: Denúncia não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração premiada**. 2019. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/04/23/stj-denuncia-nao-pode-ser-fundamentada-exclusivamente-em-colaboracao-premiada/. Acesso em: 22 abr. 2021.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 107-144, fev. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/OS_BENEFICIOS_LEGAIS_DA_COLABORACAO_PREMIADA.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista.** 2011. 386 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-13062012-164151/publico/2011_CamilaCaldeiraNunesDias_VOrig.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

DIAS, Camila Nunes. **Organização do PCC segue lógica de empresa, irmandade e igreja, diz dupla que estuda facção há 2 décadas.** Entrevista concedida a Edison Veiga. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45095399. Acesso em: 06 out. 2020.

Estatuto do PCC - Primeiro Comando da Capital 1533. 2017. Disponível em: https://faccaopcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/estatuto_do_primeiro_comando_da_capital_faccao_pcc_1533/. Acesso em: 06 out. 2020.

Estatuto do PCC — Primeiro Comando da Capital 1997. Disponível em: https://faccaopcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/estatuto_faccao_pcc_1533_1997_primeiro_comando_da_capital/. Acesso em: 21 set. 2020.

FARIAS, Karoline Targino de Moura. Organizações Criminosas e a possibilidade de configurar um estado paralelo. 2019. Disponível em: https://unileao.edu.br/repositoriobibli/tcc/KAROLINE%20TARGINO%20DE%20MOURA%20FARIAS.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

FERREIRA, Ynhoene de Carvalho. **A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**. 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/

Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/14%20-%20A%20import%C3%A2ncia%20do%20Instituto%20da%20Dela%C3%A7%C3%A3o_Ynhoene%20Ferreira.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

FONSECA, Cibele Bevenides Guedes da; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de; **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181. Acesso em: 23 mai. 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa textual**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

GORGA, Maria Luiza; MARCHIONI, Guilherme Lobo. **Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista. Acesso em: 22 maio 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: 104. Acesso em: 14 abr. 2021.

JARCZEWSKI, Rafaela Nagel. Crime, prisão e castigo: A emergência das facções criminosas no contexto brasileiro e regional. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 16., 2019, Santa Cruz do Sul. **Anais [...].** Santa Cruz do Sul: Unisc, 2019. p. 1-20.

JUNGMANN, Raul. "**Sistema penitenciário brasileiro é o home office dos grandes criminosos" diz ministro da Defesa.** Entrevista concedida a Flávio Costa. 2017. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/30/metade-dos-presos-brasileiros-tem-arma-aponta-investigacao-do-ministerio-da-defesa.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

JOZINO, Josmar. **Geleião, único fundador do PCC vivo, vai completar 40 anos preso**. 2019. Disponível em: https://ponte.org/geleiao-unico-fundador-do-pcc-vivo-vai-completar-40-anos-preso/. Acesso em: 23 maio 2021.

JOZINO, Josmar. **Justiça nega benefício a ex-PCC que ligou da cela para o 190 pedindo ajuda**. 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/josmar-jozino/2021/02/12/justica-nega-beneficio-a-ex-pcc-que-ligou-da-cela-para-o-190-pedindo-ajuda.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

KANADUS, Kelli. **Como nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro**. 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-nascem-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/#:~:text=%E2%80%9CAs%20fac%C3%A7%C3%B5es%20nascem%20a%20partir,fortalecimento%E2%80%9D%2C%20explica%20o%20pesquisador. Acesso em: 21 nov. 2020.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia Científica**. Porto Alegre: Sagah, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/search?q=metodologia%20cient%C3%ADfica&redirectOnClose=/. Acesso em: 22 nov. 2020.

MACHADO, Caroline Macedo. "**FACÇÕES CRIMINOSAS: desafios no sistema processual penal brasileiro e no direito comparado**". 2018. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/772/1/Monografia%20%20Caroline%20Macedo.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

MAIA, Ariane Bastos Mendonça. **A origem do crime organizado no Brasil: conceitos e aspectos históricos**. 2011.

MARQUES, Adalton. "Liderança", "proceder" e "igualdade": uma etnografia das relações políticas no Primeiro Comando da Capital. **Etnográfica**: Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia, Lisboa, v. 14, n. 2, p. 311-335, jun. 2010. Disponível em: https://journals.openedition.org/etnografica/303?lang=es. Acesso em: 23 maio 2021.

MASULO, Eduardo. **O medo que impulsiona a violência**. 2020. Disponível em: https://jornalempresasenegocios.com.br/artigos/o-medo-que-impulsiona-a-violencia/. Acesso em: 26 nov. 2020.

MEDRADO, Gabriel Moreira. **Colaboração Premiada**. 2020. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54462/colaborao-premiada#:~:text=Na%20lei%2011.343%2F2006%2C%20disp%C3%B5e,parcial%2C%20dos%20produtos%20do%20crime.. Acesso em: 24 abr. 2021.

MELO, Juliana. **A conexão entre a cadeia e a periferia no aprisionamento das famílias.** Entrevista concedida a João Vitor Santos. 2017. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/6900-a-conexao-entre-a-cadeia-e-a-periferia-no-aprisionamento-das-familias. Acesso em: 07 out. 2020

MELO, Juliana. **"Para cada pessoa presa ou assassinada, há um ou mais jovens esperando para ocupar a vaga deixada". Entrevista especial com Juliana Melo.** Entrevista concedida a Patrícia Facchin. 2019. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/586037-para-cada-pessoa-presa-ou-assassinada-ha-um-ou-mais-jovens-esperando-para-ocupar-a-vaga-deixada-entrevista-especial-com-juliana-melo. Acesso em: 27 set. 2020

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: A revista eletrônica do Ministério Público Federal, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 1-22, jul. 2013. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013. Acesso em: 24 abr. 2021.

Ministério Público de São Paulo. **Gaeco apreende veículos, drogas, armas e até TNT da cúpula do PCC**. 2020. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=23345502&id_grupo=118. Acesso em: 06 out. 2020.

NOLETO, Laiza Mendes Silva. **Delação premiada no combate ao crime organizado no Brasil: um risco ao Estado Democrático de Direito**. 2018. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52473/delacao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado-no-brasil-um-risco-ao-estado-democratico-de-direito. Acesso em: 22 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 144 p.

NUNES, Geilson; SILVA, Naessa Nárima; OLIVEIRA, Patrícia Robert Leite de. COLABORAÇÃO PREMIADA: APLICABILIDADE E LIMITES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. **Direto & Realidade**, Monte Carmelo, v. 6, n. 6, p. 75-95, set. 2018. Disponível em: http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1442.

NUNES JUNIOR, Helio Guahyba. **DELAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO EFICAZ DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**. 2017. 16 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

PÁDUA, Anderson de. **Aspectos Controversos da Delação Premiada no Brasil**. 2018. Disponível em: https://andersonpadua.jusbrasil.com.br/artigos/535187411/aspectos-controversos-da-delacao-premiada-no-brasil. Acesso em: 25 abr. 2021.

RAYMUNDO, Rafael Tourinho. **Entenda o que é pesquisa explicativa e veja exemplos**. 2020. Disponível em: https://viacarreira.com/pesquisa-explicativa/. Acesso em: 23 maio 2021.

REIS, Pedro Augusto Gomes Santiago. CRITICAS ACERCA DA EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA COLA. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 113-129, ago. 2019. Semestral.
ROVER, Aires José; DUARTE, Francisco Carlos; CELLA, José Renato Gaziero. **Conhecimento científico, verdade e método.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_renato_gaziero_cella.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

SANNINI, Francisco. **Pacote Anticrime traz mais segurança jurídica para a fase de tratativas do acordo de colaboração premiada**. 2020. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/05/pacote-anticrime-traz-mais-seguranca-juridica-para-fase-de-tratativas-acordo-de-colaboracao-premiada/. Acesso em: 22 abr. 2021.

SANTOS, Denis Salgado; JORGE, Domenico Rodrigues Simião Reis; SOUZA, Eduardo Rumenig de. O paradoxo da política de segurança pública: estado, PCC e a gestão da violência na cidade de São Paulo. **Primeiros Estudos**, São Paulo, v. 0, n. 8, p. 125-127,

17 maio 2017. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/primeirosestudos/article/view/96720. Acesso em: 21 nov. 2020.

SANTOS, Wilson Alvares dos. Cangaço: um movimento social. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**, p. 1-9, fev. 2018. Disponível em: https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/4026/cangaco-movimento-social.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 04 out. 2020.

SATRIANO, Nicolás. G1 RIO. 2020. Rio tem 3,7 milhões de habitantes em áreas dominadas pelo crime organizado; milícia controla 57% da área da cidade, diz estudo. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/10/19/rio-tem-37-milhoes-de-habitantes-em-areas-dominadas-pelo-crime-organizado-milicia-controla-57percent-da-area-da-cidade-diz-estudo.ghtml. Acesso em 21 nov. 2020.

SERÓDIO, Rogério Luiz. **O cabimento da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9907/O-cabimento-da-delacao-premiada-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 24 abr. 2021.

SILVA, Allan Jones Andreza; SILVA, Luciano Nascimento; BRAGA, Rômulo Palitot. Delação Premiada e Lavagem de Dinheiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 14, n. 78, p. 29-53, dez. 2017. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2751. Acesso em: 24 abr. 2021.

SIQUEIRA, Chico. **A panela de pressão do PCC**. 2016. Disponível em: https://riscafaca.com.br/investigacao/a-panela-de-pressao-do-pcc-esta-para-estourar/. Acesso em: 23 maio 2021.

VALLEY, Marcio. **A conduta ética é seguir a lei?** 2017. Disponível em: https://jornalggn.com.br/artigos/a-conduta-etica-e-seguir-a-lei/. Acesso em: 25 abr. 2021.

VIANA, Lurizam Costa. **A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LEI 12.850/13**. 2017. 240 f. Dissertação (Pós-Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHGA3/1/a_organiza__o_criminosa_na_lei_12.850_13__disserta__o___lurizam_costa__viana_.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

O PANORAMA LEGISLATIVO DA RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS NO BRASIL: O CARÁTER DEFICITÁRIO DAS NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL PARA EXECUÇÃO DO PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS (PRAD)

Júlia Scholz Karl[1]
Elidemar Moreira dos Santos[2]

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao inserir em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe o dever comum de proteção ambiental para as gerações futuras, e, consequentemente, no compromisso de não degradação e na recuperação de áreas degradadas. Com amparo no texto constitucional e na Política Nacional do Meio Ambiente, o Decreto 97.632 de 10 de abril de 1989 estabeleceu a obrigatoriedade de apresentação de um plano de recuperação de área degradada para os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais. A fim de padronizar os procedimentos de elaboração e execução do Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD) foi editada a Instrução Normativa n. 4, de 13 de abril de 2011 do IBAMA. Em essência, o PRAD é voltado para a reparação em decorrência de dano causado pelo exercício de atividades minerais. Desse modo, o problema de pesquisa direciona-se a analisar o panorama legislativo brasileiro a fim de investigar se o PRAD pode ser utilizado para demais atividades e empreendimentos que de alguma forma demandam a execução de um plano de recuperação de área degradada ou alterada. Diante desse contexto, o objetivo geral deste trabalho é analisar as normas jurídicas brasileiras que disciplinam a recuperação de áreas degradadas, a fim de e identificar as lacunas legislativas. Por meio da pesquisa bibliográfica e legislativa a nível nacional e estadual, foram traçados dois objetivos específicos que são, respectivamente as duas seções desta pesquisa. A primeira delas busca analisar o histórico da legislação ambiental no Brasil no que diz respeito à recuperação de áreas degradadas; e a segunda analisa como o tema tem sido tratado no estado de Santa Catarina. Como resultado, observou-se que não há impedimento legal, mas sim estímulo constitucional, para que outras atividades também realizem planos de recuperação de áreas degradadas.

Palavras-chave: PRAD. Recuperação de Áreas Degradas. Meio Ambiente. Legislação Ambiental.

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Ambiental Internacional os marcos iniciais da disciplina são, basicamente, dois eventos globais: a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada na Suécia (Estocolmo), em 1972, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Brasil (Rio de Janeiro) em 1992 (OLIVEIRA, 2007).

De acordo com o teor da Declaração de Estocolmo, o ser humano é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente, sendo o meio ambiente humano (o natural e o artificial) essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais. O direito a um ambiente saudável como um direito humano fundamental está previsto como princípio primeiro da Declaração de Estocolmo, considerada o marco da proteção ambiental no âmbito dos direitos humanos.

No Brasil a Constituição da República Federativa do Brasil insere como direito de terceira geração o meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu artigo 225, no rol de

1. Advogada inscrita na OAB/SC 51.415. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: juliascholzkarl@gmail.com. Telefone (47) 99658-9668.
2. Advogada inscrita na OAB/SC 62.151. Especialista em Gestão Ambiental pela COPPE/UFRJ. E-mail: elidemarms@gmail.com. Telefone: (27) 99239-2112.

direitos sociais. Da perspectiva constitucional, Milaré (2001, p. 109) define o direito ambiental da seguinte forma:

> Direito do Ambiente é o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.

O PRAD (Plano de Recuperação de Área Degradada ou Alterada) é o instrumento que tem por finalidade a conversão de uma área degradada ou alterada para uma situação de não degradada, *i. e.*, não se trata, como muitos querem, de um plano que busca a recuperação de um *site* ao seu *status quo ante,* como a imperfeita nomenclatura sugere. Exemplo desse resgate pode ser observado nas próprias atividades minerárias, eis que após a explotação de minério o que restará serão as cavas, os rejeitos, processos erosivos, voçorocas e terra desnuda, não sendo possível a volta do sítio ao seu estado original.

Como plano a ser executado o PRAD deve atentar para um roteiro básico em sua concepção, de sorte a atender aos requisitos mínimos capazes de possibilitar o seu acompanhamento e a aferição da sua eficácia.

Desse modo o início do trabalho parte de uma acurada anamnese que permite ao seu executor identificar e quantificar a natureza e extensão do dano em relação aos efeitos deletérios ambientais e socioeconômicos, considerando os aspectos biológicos, físicos, socioculturais, econômicos, políticos.

Será a partir dessa fase exploratória que será desenvolvido todo o planejamento de um PRAD, pois será ela que indicará as melhores técnicas a serem adotadas, os recursos necessários para a sua execução, tempo demandado para a execução, análise comparativa de dados, forma de compilação e tratamento de resultados e, até mesmo, os resultados que não poderão ser alcançados e que, de certa maneira, deverão ser objeto de indenização *in natura* ou em pecúnia.

O resgate compreendido como a transformação de uma situação degradada para uma situação não degradada ou alterada depende do grau de eficiência do plano. Esse plano deve estar vinculado a um roteiro básico de natureza orientativa e considerar uma série de fatores e variáveis e as peculiaridades das variadas atividades e empreendimentos.

Por se tratar de atividade que deu causa à normatização do PRAD, a mineração já possui avanços em relação às normas que a disciplina, notadamente no estado de Minas Gerais, a exemplo da Deliberação Normativa COPAM Nº 220, de 21 de março de 2018, que estabelece diretrizes e procedimentos para a paralisação temporária da atividade minerária e o fechamento de mina, estabelece critérios para elaboração e apresentação do Relatório de Paralisação da Atividade Minerária, do Plano de Recuperação de Áreas Degradadas – PRAD e do Plano Ambiental de Fechamento de Mina - PAFEM.

Outras atividades ainda não têm recebido igual atenção, e à falta de Termos de Referências específicos, vêm sendo utilizadas na elaboração de tais PRADs as disposições da Instrução Normativa IBAMA 04/2011 e a uma forte gama de subjetivismo por parte dos órgãos de fiscalização e controle ambientais, o que forçosamente descamba para a incerteza jurídica, dado que se torna confusa a aferição dos resultados obtidos após a execução do PRAD.

Analisa-se, por exemplo, o caso dos PRADs desenvolvidos para as áreas que foram objeto de supressão ou de corte não autorizados. Em que pese a legislação federal

determine a obrigação de reparar por meio de PRAD, a exemplo da Lei Federal nº11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica) e da Lei Federal nº12.651/2012 (Novo Código Florestal), a insegurança jurídica ainda paira, tanto sobre os agentes dos órgãos de fiscalização e controle como sobre os administrados. Diante desse cenário de ausência de Termos de Referência próprios para as variadas atividades são, reiteradamente, observados diversos casos de excessos/abusos por parte dos órgãos do Poder Executivo, em especial em relação aos Programas de Recuperação Ambiental instituídos pelo Código Florestal.

A explicação está contida na Lei Federal 12.651/2012, que tem como um dos principais objetivos a regularização ambiental das propriedades rurais e nesse sentido foi concebido sobre três pilares: (i) o Cadastro Ambiental Rural (CAR); (ii) os Programas de Regularização Ambiental (PRAs) estaduais, que nortearão o processo de regularização; (iii) e os Termos de Compromisso que conterão os compromissos a serem assumidos por cada proprietário rural (LIMA; MUNHOZ, 2016).

Em que pese os proprietários rurais tenham dado início à regularização de seus imóveis por meio da inscrição junto ao CAR (Cadastro Ambiental Rural), esta reputa-se como fase inicial, sendo que o avanço para a fase seguinte, i.e., o cumprimento das obrigações assumidas junto ao Programa de Regularização Ambiental (PRA), depende, exclusivamente, dos estados, sobre os quais recai a responsabilidade pela sua elaboração.

A despeito de a Lei Federal nº 12.651/2012 ter estabelecido o prazo máximo de 2 (dois) anos a partir da sua publicação para a implantação dos PRAs, são poucos os estados que efetivamente os elaboraram até os dias atuais, o que impede a adesão por parte dos proprietários e, consequentemente, a elaboração dos respectivos PRADs/PRADAs.

A partir desse contexto, o problema de pesquisa aqui investigado busca identificar as diretrizes existentes para a elaboração de Plano de Recureparção de Área Degradada em normas federais e estaduais e como isso vem sendo tratado pela legislação do estado de Santa Catarina.

Para alcançar esse objetivo geral, foram traçados dois objetivos específicos, respectivamente: identificar a evolução histórica da legislação ambiental no Brasil no que diz respeito à recuperação de áreas degradadas; e analisar como o tema tem sido tratado no estado de Santa Catarina.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa adotou-se a pesquisa bibliográfica e legislativa a nível nacional. Para coleta dos dados bibliográficos, por meio das palavras-chave *PRAD, recuperação de áreas degradas*, *meio ambiente* e *legislação ambiental e, ainda,* buscou-se por artigos científicos publicados em revistas brasileiras e por dissertações e teses disponíveis no Catálogo de Teses e Dissertações. Em relação a legislação buscou-se por normas jurídicas a nível federal e estadual de Santa Catarina, produzindo-se também a análise comparativa com a legislação de outros estados da federação. A pesquisa também recorreu a livros publicados por autores de renome nacional, tais como Édis Milaré e Paulo de Bessa Antunes.

1. A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E A PROTEÇÃO ÀS ÁREAS DEGRADADAS

No Brasil, a legislação relativa ao meio ambiente data das ordenações portuguesas. Segundo Nazo e Mukai (2001), as Ordenações Afonsinas no Livro V, título

LVIII, proibiam o corte de árvores frutíferas; enquanto o Livro V, título LXXXIII, das Ordenações Manoelinas, vedava a caça de perdizes, lebres e coelhos com redes, fios, bois ou outros meios e instrumentos capazes de causar dor e sofrimento na morte desses animais. Por fim, as Ordenações Filipinas, no Livro LXXV, título LXXXVIII, protegiam as águas, punindo com multa aquele que dispusesse material que viesse a matar os peixes.

De acordo com Wainer (1993), a norma jurídica que marca a proteção florestal foi determinada pelo Rei D. Afonso IV, em 12 de março de 1393, tendo sido posteriormente. compilada no Livro V, Título LVIIII, das Ordenações Afonsinas. Consoante o teor desse dispositivo legal, estaria proibido o corte deliberado de árvores frutíferas, sendo tal delito classificado como injúria ao rei.

A preocupação com o corte de árvores presente nas ordenações portuguesas impunha ao infrator,

> que o corte de árvores frutíferas, em qualquer parte que estiver, pagará a estimação dela ao seu dono em tresdobro. E se o dano que assim fizer nas árvores for valia de quatro mil reis, será açoutado e degradado 4 anos para África. E se for valia de 30 cruzados, e daí para cima, será degradado para sempre para o Brasil (CARVALHO, 1991).

Posteriormente, para além das ordenações portugueses, o Estatuto da Terra (Lei Federal nº 4.504, de 30 de novembro de 1964) determinou que a propriedade rural cumprisse sua função social (art. 2º, §1º, c), sendo que "o poder público pode desapropriar a terra, quando seus proprietários não ponham em prática normas de conservação de recursos naturais (WAINER, 1993, p.194)".

O Decreto-Lei nº 1.413 de 1975 dispunha sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais e impunha que "as indústrias instaladas ou a se instalarem em território nacional são obrigadas a promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente". Tais medidas seriam definidas pelos órgãos federais competentes, no interesse do bem-estar, da saúde e da segurança das populações. Ainda que sob a ótica da segurança nacional e desenvolvimento econômico, o art. 3º previu que "dentro de uma política preventiva, os órgãos gestores de incentivos governamentais considerarão sempre a necessidade de não agravar a situação de áreas já críticas, nas decisões sobre localização industrial".

A Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 insere como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

Como bem salienta Antunes (2021, p.58) a inserção de um capítulo específico na Constituição sobre o meio ambiente, caracteriza "a proteção do meio ambiente como um elemento de interseção entre a ordem econômica e os direitos individuais". Para compreender o amparo constitucional, é preciso conceituar o que é o meio ambiente e, para tanto, recorre-se ao conceito normativo previsto no art. 3º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que o define como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Ao unir essa definição com a perspectiva constitucional de ser um direito de todos e bem de uso comum do povo, observa-se uma mudança em seu conceito jurídico. Para tanto, combinando a redação do art. 3º da PNMA com o art. 225 da CRFB/88, há uma obrigação do Poder Público e da sociedade de preservá-lo para as

presentes e futuras gerações, e, em consequência, criou-se duas obrigações jurídicas distintas: não promover degradação; e promover a recuperação de áreas já degradadas (ANTUNES, 2021).

Com a inserção da tutela do meio ambiente no texto constitucional, inclusive com capítulo próprio, constatou-se a necessidade de regulamentação das condutas lesivas ao meio ambiente. Nesse sentido foi aprovada a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais. Nos termos da referida lei, constitui atenuante de pena o arrependimento do infrator manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada (art. 14, inciso II) e comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental (inciso III) o que evidencia a preocupação do legislador com a recuperação da qualidade ambiental. Destaca-se, ainda, o art. 23 da Lei Federal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que insere como uma das espécies de prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica a execução de obras de recuperação de áreas degradadas.

O Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e prevê no rol de objetivos dos serviços de recuperação da qualidade do meio ambiente, as ações voltadas à recuperação de áreas degradadas para conservação da biodiversidade e conservação e melhoria da qualidade do meio ambiente. Inclusive é considerada infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole a recuperação do meio ambiente (art. 2º). O embargo de obra ou atividade, por exemplo, tem entre seus objetivos propiciar a regeneração do meio ambiente e dar viabilidade à recuperação da área degradada (art.108).

Nos termos da Lei Federal nº 12.651/2012, o Código Florestal, o art. 51, *caput,* prevê que o órgão ambiental competente, ao tomar conhecimento do desmatamento em desacordo com o disposto na referida lei federal, deverá embargar a obra ou atividade que deu causa ao uso alternativo do solo, como medida administrativa voltada a impedir a continuidade do dano ambiental, propiciar a reparação do meio ambiente para trazê-lo de condição degradada ou alterada para a situação de não degradada. Para proceder a análise dessa medida de embargo, cita-se o art. 5º do Decreto Federal nº 6.514/2008 e art. 51, §1º da Lei Federal nº 12.651/2012, adiante reproduzidos.

> Art. 5º A sanção de advertência poderá ser aplicada, mediante a lavratura de auto de infração, para as infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente, garantidos a ampla defesa e o contraditório.
> § 1º Consideram-se infrações administrativas de menor lesividade ao meio ambiente aquelas em que a multa máxima cominada não ultrapasse o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), ou que, no caso de multa por unidade de medida, a multa aplicável não exceda o valor referido.
> § 2º Sem prejuízo do disposto no caput, caso o agente autuante constate a existência de irregularidades a serem sanadas, lavrará o auto de infração com a indicação da respectiva sanção de advertência, ocasião em que estabelecerá prazo para que o infrator sane tais irregularidades.
> § 3º Sanadas as irregularidades no prazo concedido, o agente autuante certificará o ocorrido nos autos e dará seguimento ao processo estabelecido no Capítulo II.
> § 4º Caso o autuado, por negligência ou dolo, deixe de sanar as irregularidades, o agente autuante certificará o ocorrido e aplicará a sanção de multa relativa à infração praticada, independentemente da advertência.
>
> Art. 51. O órgão ambiental competente, ao tomar conhecimento do desmatamento em desacordo com o disposto nesta Lei, deverá embargar a obra ou atividade que deu causa ao uso alternativo do solo, como medida administrativa voltada a

> impedir a continuidade do dano ambiental, propiciar a regeneração do meio ambiente e dar viabilidade à recuperação da área degradada.
> § 1º O embargo restringe-se aos locais onde efetivamente ocorreu o desmatamento ilegal, não alcançando as atividades de subsistência ou as demais atividades realizadas no imóvel não relacionadas com a infração.

A partir da leitura dos dispositivos normativos acima mencionados, observa-se que o embargo em questão, por conseguinte, deverá servir como notificação ao infrator, dela constando as medidas a serem adotadas para regularização do empreendimento ou da atividade, em prazo exequível e adequado ao grau de complexidade e extensão do dano, e tão somente no caso de não atendimento injustificado, ser-lhe aplicada penalidade administrativa.

2. UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE QUE TRATA DO PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS (PRAD)

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu art. 225, o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo responsabilidade comum do Poder Público e da coletividade sua preservação para as presentes e futuras gerações. A proteção constitucional ao meio ambiente como direito de terceira geração tem por intuito a responsabilização de todos, principalmente aquele que provoca um dano ao meio ambiente, em recuperá-lo. Faltava, no entanto, um instrumento jurídico capaz de concretizar o anseio constitucional de recuperação de áreas degradas.

Desse modo, o Decreto Federal nº 97.632, de 10 de abril de 1989, previu a obrigatoriedade de apresentação de um plano de recuperação da área degradada para os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais. Segundo a redação do § 2º do art. 225 da CRFB/88, “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”. Dessa forma, quando a Constituição exige a reparação do meio ambiente degradado, reconhece que atividades de exploração de recursos minerais constituem uma das mais significativas intervenções no meio ambiente e, para evitar o passivo ambiental, instituiu a obrigação de recuperar o ambiente degradado pelas atividades de mineração (OLIVEIRA, 2017).

A pesquisa em nível de mestrado realizada por Brandi (1994) teve por objetivo verificar a efetividade dos planos de recuperação de área degrada de atividades de exploração de minério de ferro. Segundo o autor “os projetos de recuperação ambiental, representados legalmente pelos PRADs, correspondem aos instrumentos de controle ambiental mais requisitados no processo de fiscalização dos empreendimentos de mineração (BRANDI, 1994, p.11)”.

Teoricamente, por meio do PRAD e do EIA-RIMA tem-se maior segurança jurídica para o cumprimento dos objetivos da recuperação ambiental, no entanto, como bem ressalta Brandi (1994) é imprescindível a compreensão sobre o funcionamento dos ecossistemas e suas interrelações com ambientes vizinhos, visto que, especialmente par a operação de extração mineral, é necessário identificar no PRAD as áreas que sofrem interferência. Tradicionalmente, para elaboração de PRAD para atividades mineradoras, as diretrizes seguidas partem do levantamento dos recursos naturais e das características do empreendimento, as quais fazem parte da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA).

Segundo Brandi (1994) as fases de elaboração da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) compreendem: o diagnóstico ambiental; a identificação dos prováveis impactos

ambientais e sua quantificação; a indicação das medidas mitigadoras de impacto ambiental; os resultados obtidos e destaques para a análise das condições ambientais; a revisão do EIA-RIMA pelos órgãos públicos competentes; e a proposição de planos de monitoramento ambiental. Nesse contexto, o PRAD atua como instrumento de controle ambiental e, juntamente com o EIA-RIMA, é um meio de planejamento e gerenciamento ambiental que abrange tanto metodologias de avaliação de impactos ambientais, como propicia a tomada de decisões acerca das medidas para assegurar a qualidade ambiental.

O plano de recuperação de área degradada como medida de proteção ambiental foi inspirado no parágrafo 2º, do art. 225, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 97.632, de 10 de abril de 1989, exigindo que todas as mineradoras implementassem e executassem o PRAD, o qual deveria ser inserido no EIA para o licenciamento (FRANCO, 2017). Nesse contexto, "tal medida teve o condão de tentar organizar as medidas mitigadoras em locais onde o meio ambiente já havia sido lesionado; sem tal planejamento as licenças ambientais não seriam concedidas (FRANCO, 2017, p.92)".

Não obstante, o Decreto Federal nº 97.632/89 tenha sido destinado especificamente à gestão ambiental da atividade de mineração, o PRAD passou a ser solicitado também em relação aos impactos ambientais gerados por outras atividades. O objetivo do PRAD, como o próprio nome já diz, é possibilitar a recuperação da área degradada, isto é, nos termos da definição trazida pela Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000 recuperação significa a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original (art. 2º, XIII).

No âmbito da regulamentação por parte dos órgãos ambientais, a Resolução Conama nº 237/97 em seu art. 1º, III, insere o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) como espécie de estudo ambiental:

> III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Com base na referida resolução e também no decreto que regulamentou o PRAD para atividades mineradoras, a abreviatura PRAD referia-se ao plano de recuperação de área degradada, a qual também passará a expressar o Projeto de Recuperação de Área Degradada a partir das resoluções do IBAMA.

A Instrução Normativa nº. 4, de 13 de abril de 2011, do IBAMA, considerando a necessidade de se nortear a elaboração de Projetos de Recuperação de Áreas Degradadas - PRAD, estabelece os procedimentos para elaboração de Projeto de Recuperação de Área Degradada ou Área Alterada, para fins de cumprimento da legislação ambiental. Ainda a nível federal, a Instrução Normativa n° 11, de 25 de julho de 2014, do IBAMA, estabelece os procedimentos para elaboração análise, aprovação e acompanhamento da execução do Programa de Recuperação de Áreas Degradadas - PRAD. Referido dispositivo imputa ao responsável pela recuperação a execução do PRAD.

Consoante o art. 2º, inciso I, entende-se por recuperação a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original. Por sua vez, a área degradada é aquela

impossibilitada de retornar por uma trajetória natural a um ecossistema que se assemelhe ao estado inicial, dificilmente sendo restaurada, apenas recuperada. O Projeto deve, ainda, considerar as peculiaridades de cada área e do dano.

De acordo com o art. 3º, o PRAD deverá definir as medidas necessárias à recuperação da área degradada, fundamentado nas características bióticas e abióticas da área e em conhecimentos secundários sobre o tipo de impacto causado, a resiliência da vegetação e a sucessão secundária. Nos termos da IN 11, o PRAD deverá ser elaborado e executado por profissional habilitado com a emissão de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) no conselho de classe, nos termos do art. 5º.

Assim, em que pese o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) possa ser empregado de forma preventiva ou corretiva para áreas degradadas por ações de mineradoras, nos termos de sua criação, pelo Decreto Federal nº 97.632, de 10 de abril de 1989 e pela própria Constituição Federal, sob a perspectiva de proteção ao meio ambiente e recuperação de áreas degradadas, a aplicabilidade e possibilidade de apresentação e execução do PRAD por outras atividades, não é um empecilho. Tanto que, na falta de uma lei federal específica sobre o PRAD, utiliza-se como fundamento jurídico a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) que, em seu art. 2º, inciso VIII insere como princípio orientativo a recuperação de áreas degradadas, e a Lei da Mata Atlântica (Lei Federal nº 11.428, de dezembro de 2006), que estabelece as medidas compensatórias como forma de indenização de ecossistemas e vegetação pertencente ao bioma Mata Atlântica.

No que tange à adoção de medidas para recuperação do meio ambiente, ainda que o Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, não mencione expressamente o termo PRAD, verifica-se que o seu art. 142-A permite a conversão da pena de multa pela implementação, pelo próprio autuado, de projeto de serviço de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, no âmbito de, pelo menos, um dos objetivos previstos no art. 140[3].

3. Art. 140. São considerados serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, as ações, as atividades e as obras incluídas em projetos com, no mínimo, um dos seguintes objetivos: (Redação dada pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
I – recuperação: (Redação dada pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
a) de áreas degradadas para conservação da biodiversidade e conservação e melhoria da qualidade do meio ambiente; (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
b) de processos ecológicos essenciais; (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
c) de vegetação nativa para proteção; e
d) de áreas de recarga de aquíferos; (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
II - proteção e manejo de espécies da flora nativa e da fauna silvestre; (Redação dada pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
III - monitoramento da qualidade do meio ambiente e desenvolvimento de indicadores ambientais; (Redação dada pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
IV - mitigação ou adaptação às mudanças do clima; (Redação dada pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
V - manutenção de espaços públicos que tenham como objetivo a conservação, a proteção e a recuperação de espécies da flora nativa ou da fauna silvestre e de áreas verdes urbanas destinadas à proteção dos recursos hídricos; (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
VI - educação ambiental; ou (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
VI - educação ambiental; (Redação dada pelo Decreto nº 9.760, de 2019)
VII - promoção da regularização fundiária de unidades de conservação. (Incluída pelo Decreto nº 9.179, de 2017)
VII - promoção da regularização fundiária de unidades de conservação; (Redação dada pelo Decreto nº 9.760, de 2019)
VIII - saneamento básico; (Incluído pelo Decreto nº 9.760, de 2019)

Sob o amparo constitucional, a Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que instituiu o novo Código Florestal, fortaleceu o dever de recuperação de áreas degradas, sejam estas dentro da reserva legal, de área de preservação permanente e das demais áreas sob regime especial de proteção que demandem cobertura vegetal. Todavia o que se observa é que a despeito de a legislação federal já ter definido a recuperação da área degradada como uma obrigação, salvo no caso específico do exercício da atividade de mineração, inexiste uma norma jurídica de âmbito federal a definir os critérios e parâmetros a serem observados quando da elaboração dos PRADs. Sob tal aspecto cumpre aqui citar trecho do livro de Sirvinskas (2019), o qual aborda a previsão legislativa sobre a elaboração de PRAD como uma das modalidades de estudo ambiental:

> Há, finalmente, o Plano de Recuperação de Área Degradada — PRAD —, previsto no art. 225, § 2o, da CF e no art. 2º, VIII, da Lei n. 6.938/81, regulamentada pelo Decreto n. 97.632, de 10 de abril de 1989. Assim, aquele que explorar recursos minerais deverá, quando da apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), submeter à aprovação do órgão ambiental competente o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) (SIRVINSKAS, 2019, p.232).

A citação acima confirma a inexistência de regra geral em âmbito federal que regulamente a elaboração e a execução do PRAD, não obstante o próprio texto constitucional imponha a obrigação de recuperação do meio ambiental, à exceção daquele aplicável à atividade de mineração.

O Estado de São Paulo, por exemplo, aqui mencionado em razão da sua posição de vanguarda nas questões atinentes à proteção ambiental, à falta de regra geral, adotou norma infralegal, no caso a Resolução SMA nº 32, de 03 de abril de 2014, editada pela Secretaria de Meio Ambiente, que trata dos Projetos de Recomposição de Áreas Degradadas e Alteradas (PRADA) para Áreas de Preservação Permanente ou de Reserva Legal, objetivando a restauração de florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como a promoção da estabilidade e integridade ecológica dos ecossistemas naturais.

Não obstante, o Estado de São Paulo ainda se vê envolto na árdua tarefa de traçar os parâmetros a serem observados na elaboração de PRADs, desembocando na total subjetividade na avaliação de PRADAs, como se verifica da leitura do recente Decreto Estadual nº 64.842, de 05 de março de 2020, que regulamenta a regularização ambiental de imóveis rurais no Estado de São Paulo.

> Artigo 11 - O indeferimento da proposta de compensação de Reserva Legal deverá ser formalizado por decisão motivada, que apontará os dispositivos normativos infringidos e indicará a forma que a autoridade competente entende correta para a execução do PRADA. (grifo nosso)

No que concerne à efetividade do PRAD, Fiorillo (2018) denuncia a baixa qualidade dos relatórios entregues pelos empreendedores dentro do Estado de São Paulo, visto que em 1999, ou seja, 10 anos após a edição do Decreto Federal 97.632/1989, dos 638 planos de recuperação de áreas degradadas, apenas 40% foram aprovados.

Mas a par do baixo índice de aprovação é certo que não se pode afastar a ausência de normatização por parte dos estados, o que pode ocasionar os exageros

IX - garantia da sobrevivência de espécies da flora nativa e da fauna silvestre mantidos pelo órgão ou pela entidade federal emissora da multa; ou (Incluído pelo Decreto nº 9.760, de 2019)
X - implantação, gestão, monitoramento e proteção de unidades de conservação. (Incluído pelo Decreto nº 9.760, de 2019)

típicos da discricionariedade absoluta, tanto pior por se tratar de instrumento que pode demandar equipe profissional não somente habilitada como também experiente para lidar com as diversas variáveis que podem surgir em qualquer das etapas do PRAD.

Observa-se, ainda, que as temáticas envolvendo o Direito Ambiental precisam ser vistas sob a ótica da resiliência como um processo de garantia de preservação do meio ambiente. De acordo com Silva (2015), a importância de se estudar o conceito de resiliência ambiental reside na interdependência e inter-relação entre os seres humanos e o meio ambiente, como parte de seu conteúdo, sendo que este é dependente dos recursos providos pelo meio ambiente e atua como gestor de sua preservação, o qual lhe traz a responsabilidade de comprometer-se com a sobrevivência da humanidade.

Para Oliveira (2007, p.123) “as questões relativas à proteção do meio ambiente exigem uma análise em conjunto com as mais diversas áreas do conhecimento, pois lida com valores e interesses que são atingidos pelas medidas tomadas para o alcance de seus objetivos”. Por essa razão, a temática envolvendo a recuperação de áreas degradadas não pertence somente ao mundo jurídico, mas depende de normas técnicas e procedimentos de diversas áreas do conhecimento.

A partir do momento em que a legislação insere o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado como um direito de todos, o estudo de temas ligados à proteção e preservação ambiental se torna assunto interdisciplinar, mostrando-se como objeto de pesquisa de diversas áreas do conhecimento. Desse modo, a ciência e a tecnologia se mostram uma das faces do direito ambiental essencial para avanços na criação de instrumentos de proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da mesma forma como o licenciamento ambiental que surgiu inicialmente para disciplinar as atividades industriais, impondo-lhes limites quanto ao uso de recursos naturais e estabelecimento de parâmetros e padrões de impactos ambientais aceitáveis, sendo empregado, posteriormente, para atividades e empreendimentos diversos, o mesmo vem ocorrendo com o PRAD ou PRADA (Plano de Recuperação de Área Degradada ou Alterada). Ocorre que a despeito da obrigação contida em vários diplomas legais, tem se observado que, salvo no caso do PRAD, voltado para a reparação em decorrência de dano causado pelo exercício de atividades minerais, inexiste uma norma geral capaz que discipline os PRADs.

Não obstante o avanço da normatização de PRADS voltados para a atividade de mineração, o mesmo não tem ocorrido para as demais atividades que se sujeitam à elaboração e execução de PRAD como instrumento que se propõe ao resgate de área degradada ou alterada à condição de não degradada. Os PRADs ainda vêm sendo tratados com elevada carga de subjetivismo, o que impossibilita, sobremaneira, a aferição dos seus resultados.

Mesmo nos estados de posição de vanguarda, como São Paulo, ainda não foram definidos os parâmetros necessários para o desenvolvimento de Termos de Referência, levando à situação de discricionariedade absoluta, se é que tal possa existir junto à Administração Pública.

Com base na legislação analisada, observou-se que não há lei federal específica que defina regras gerais a serem observadas para fins de elaboração de PRADs para as diversas atividades geradoras de significativos impactos ambientais.

Todavia, com base nas normas analisadas, verificou-se que não há impedimento legal, mas bem pelo contrário, há estímulo constitucional, para que ocupantes, possuidores e proprietários proponham medidas mitigadoras ou reparadoras por ocasião do licenciamento ambiental, caso em que poderão ensejar a elaboração e submissão de Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas – PRAD ao órgão de fiscalização e controle competente, em que pese a ausência de regras gerais em torno do tema PRAD, ainda resulte em indesejável subjetivismo.

Da pesquisa realizada conclui-se que a reparação de áreas degradadas é um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, estando prevista de forma mais contundente, no entanto, em relação às mineradoras, sendo dessa forma uma exigência e obrigação constitucional. A despeito de somente a atividade de mineração ter sido objeto de expresso comando constitucional, nada obsta que o PRAD ou PRADA seja adotado no controle de outras tantas atividades e empreendimentos geradores de significativo impacto ambiental, como se verifica a partir da leitura do art. 2º, VIII e IX da Lei Federal nº 6.938/81, sendo primordial que os estados tomem as rédeas da normatização, em especial para sanar o problema conceitual que paira sobre o alcance da reparação a ser exigido no âmbito do PRAD, qual seja, trazer um sítio degradado para condição de não degradado ou alterado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22.ed. Atlas: 2021.

BRANDI, Iuri Viana. **Estudo da Efetividade dos Planos de Recuperação de Áreas Degradadas (PRADs) de Atividades de Exploração de Minério de Ferro na Região do Quadrilátero Ferrífero – MG.** Dissertação apresentada à Escola de Engenharia de São Carlos, da Universidade de São Paulo. São Carlos-SP, 1994.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, 30 de novembro de 1964.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.413, de 31 de julho de 1975**. Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Brasília, 14 de agosto de 1975.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, em 31 de agosto de 1981.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 out.2021.

BRASIL. **Decreto 97.632 de 10 de abril de 1989**. Dispõe sobre a regulamentação do Artigo 2°, inciso VIII, da Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, e dá outras providências. Brasília, 10 de abril de 1989.

BRASIL. **Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 12 de fevereiro de 1998.

BRASIL. **Lei Federal n. 11.428, de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.

BRASIL**. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, 22 de julho de 2008.

BRASIL. **Lei Federal 12.651 de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 25 de maio de 2012.

CONAMA. **Resolução Conama nº 237**, de 19 de dezembro de 1997.

FIORILLO, Celso Antônio P. **Licenciamento ambiental**. 3.ed. Editora Saraiva, 2018.

FRANCO, Dmitri. M. **Responsabilidade legal pelo dano ambiental**: a aplicação das excludentes de responsabilidade. Editora Blucher, 2017.

IBAMA. **Instrução Normativa n. 4, de 13 de abril de 2011**. Estabelece procedimentos para elaboração de Projeto de Recuperação de Área Degradada - PRAD ou Área Alterada, para fins de cumprimento da legislação ambiental, bem como dos Termos de Referência constantes dos Anexos I e II desta Instrução Normativa. Publicação no Diário Oficial no dia 14 de abril de 2011.

IBAMA. **Instrução Normativa nº 11, de 11 de dezembro de 2014**. Estabelecer procedimentos para elaboração, análise, aprovação e acompanhamento da execução de Projeto de Recuperação de Área Degradada ou Perturbada – PRAD.

LIMA Rodrigo C. A.; MUNHOZ, Leonardo. **Programas de Regularização Ambiental (PRAs)**: Um guia para orientar e impulsionar o processo de regulamentação dos PRAs nos estados brasileiros. São Paulo: INPUT, AGROICONE, 2016.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NAZO, Georgette N.; MUKAI, Toshio. O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 223, p. 75-104, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Santos de Oliveira. **Direito Ambiental Internacional**: o papel da soft law em sua efetivação. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

OLIVEIRA, Fabiano Melo G. de. **Direito Ambiental**.2.ed. Grupo GEN, 2017.

SILVA, Andresa Tatiana da. **Resiliência e os direitos difusos e coletivos ao meio ambiente equilibrado**. 2015. 115 f. Orientador: Prof. Me. Paulo Affonso Leme Machado Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, 2015.

SIRVINSKAS, Luís. P. **Manual de Direito Ambiental**. Editora Saraiva, 2019.

WAINER, Ann Helen. Legislação ambiental brasileira: evolução histórica do direito ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.30, n.118, abr/jun.1993.

A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK COMO ALTERNATIVA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES INFRATORAS NO BRASIL

Luiza David de Lima[1]

Resumo: Esse artigo trata da aplicação das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok) como alternativa para a garantia dos direitos reprodutivos das mulheres infratoras no Brasil. A relevância do tema se dá em razão da série de diretrizes concernentes aos direitos reprodutivos estabelecidas pelas Regras de Bangkok. O objetivo do estudo é demonstrar de que maneira a aplicação destas Regras podem garantir os direitos reprodutivos, dentre estes o de maternidade, das mulheres que cometem delitos no Brasil. A abordagem da pesquisa é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com aprofundamento explicativo. Os resultados demonstram que a aplicação das Regras de Bangkok no Brasil ocorre principalmente através da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Palavras-chave: Regras de Bangkok. Infratoras. Direitos Reprodutivos.

INTRODUÇÃO

As Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras), traduzidas para o português e publicadas no Brasil no ano de 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça, com apoio do ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e da Pastoral Carcerária Nacional, trazem uma série de diretrizes que podem ser adotadas pelo Estado brasileiro no sentido de garantir às mulheres infratoras o pleno exercício de seus direitos, inclusive reprodutivos (BRASIL, 2016).

Assim, ao tratar da situação carcerária feminina, as Regras de Bangkok demonstram uma preocupação com as peculiaridades relativas ao gênero. Preocupação essa decorrente da compreensão de que as garantias concernentes aos encarcerados abrangidas pelos demais tratados de Direitos Humanos, como as Regras de Mandela e as Regras de Tóquio, não atendiam às especificidades atinentes às mulheres infratoras. Nesse ínterim, o Tratado abarca temas como família, saúde (física e mental), gestação, lactação, e vigilância, propondo um rompimento com o processo de 'desumanização' (CUNHA, 2017, p. 27) encontrado no contexto da penitenciária

Logo, ao reconhecer os singulares problemas inerentes às mulheres presas, bem como a necessidade de solucioná-los, as Regras de Bangkok evidenciam a relevância dos direitos reprodutivos no contexto do cárcere, bem como a preocupação em garanti-los. Por esse motivo, preveem, dentre outros, a adoção de medidas privativas de liberdade apenas como *ultima ratio*, no sentido de evitar o ingresso dessas mulheres no sistema carcerário (DIUNA, 2017).

Entretanto, no contexto das penitenciárias femininas brasileiras, não obstante a vasta previsão legal de proteção aos direitos reprodutivos, observa-se uma constante limitação dos mesmos, principalmente no que concerne ao exercício da maternidade (DIUNA, 2016). Essa condição foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 143.641 (2018, p. 5), em que relata a "duríssima e fragorosamente inconstitucional" realidade das mulheres infratoras no Brasil decorrente, principalmente, de um "descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos".

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

Nesse sentido, as Regras de Bangkok proporcionam uma complementação às Regras Mínimas para o Tratamento do Preso e às Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) tendo em vista as especificidades concernentes ao gênero feminino diante da necessidade de "um tratamento igual, mas diferenciado" (CERNEKA, 2012).

À vista disto, a pesquisa aborda inicialmente os Direitos Reprodutivos, os quais encontram-se inseridos na gama de Direitos Humanos e dentre as classes de direitos que as Regras de Bangkok procuram proteger. Posteriormente, identifica a realidade vivenciada no interior das penitenciárias femininas brasileiras diante da limitação dos direitos reprodutivos das encarceradas para, por fim, discutir a respeito da aplicação das Regras de Bangkok pelo poder judiciário no Brasil, mais especificamente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. AS REGRAS DE BANGKOK E OS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES ENCARCERADAS

Em decorrência da problemática representada pelo encarceramento feminino, surgiram as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok. Aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 2010 e traduzidas para o português em 2016, estabelecem "o consenso ético-jurídico internacional sobre o tratamento de mulheres presas e as medidas não privativas de liberdade" (VENTURA *et al*, 2015). O documento reafirma direitos humanos referentes à maternidade, à família e à saúde femininas. Representa, principalmente, uma reação à legislação e às políticas criminais, as quais não se ajustam às peculiaridades do gênero feminino e, consequentemente, à maternidade.

Nesse sentido, nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2018, p. 10) "essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade" no sentido de evitar o ingresso de mulheres no sistema carcerário. Assim, a despeito da emergente necessidade de desenvolvimento de políticas públicas aplicáveis ao contexto da prisão de mulheres, deve-se em primeiro lugar, analisar o problema visando reduzir o encarceramento provisório.

Priorizam-se, por conseguinte, no contexto judicial criminal, através das Regras de Bangkok, soluções alternativas ao encarceramento, especialmente nos casos pendentes de trânsito em julgado. Trata-se, portanto, de um incentivo direcionado aos Estados membros da ONU para que adotem, dentre outras medidas, leis de estabelecimento de penas alternativas à prisão (BRASIL, 2016).

Assim, ao reconhecer os singulares problemas inerentes às mulheres presas, bem como a necessidade de solucioná-los, as Regras de Bangkok abarcam a assistência, prevenção e educação no sentido de garantir a essas mulheres o acesso à saúde, em especial às lactantes. Ainda, evidenciam a relevância dos direitos reprodutivos das mulheres em contexto de cárcere, bem como a preocupação em garanti-los (DIUNA, 2017).

1.1 Para além da proteção à procriação dos indivíduos: os direitos reprodutivos e sexuais

Mattar (2008) define os direitos reprodutivos como aqueles relacionados ao direito de livre decisão sobre “o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios para a tomada desta decisão”. Consagrada na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), a denominação ‘direitos reprodutivos’ foi definida como aqueles que reconhecem os direitos fundamentais de cada indivíduo de não somente decidir acerca de sua reprodução, mas também de desfrutar de alto padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui-se também o direito de decidir sobre sua própria reprodução sob a proteção contra qualquer discriminação. Ventura (2009), entretanto, diz que os direitos reprodutivos não estão restritos a proteção da procriação dos indivíduos, mas, para muito além disso, envolvem a aplicação de leis e políticas públicas que efetivem a igualdade das relações pessoais e políticas nesse contexto.

Piovesan (2012), por sua vez, concebe os direitos reprodutivos no sentido de abranger toda a temática relacionada não somente à reprodução humana, mas também a sexualidade e, assim, traz para o contexto dos direitos humanos tanto os direitos reprodutivos como os sexuais. Assim como a autora, nesse estudo atribui-se à expressão ‘direitos reprodutivos’ o seu sentido amplo, que abrange tanto os direitos reprodutivos quanto os sexuais. Desta feita, definem-se os direitos sexuais como aqueles que envolvem, dentre outros, o direito de controle sobre o próprio corpo, de decisão sobre a orientação sexual e o direito à privacidade. Conforme discriminado pela autora, são direitos sexuais:

> a) o direito a decidir livre e responsavelmente sobre sua sexualidade; b) o direito a ter controle sobre seu próprio corpo; c) o direito a viver livremente sua orientação sexual, sem sofrer discriminação, coação ou violência; d) o direito a receber educação sexual; e) o direito à privacidade; f) o direito de acesso às informações e aos meios para desfrutar do mais alto padrão de saúde sexual; e g) o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos recomendados pelos instrumentos internacionais (PIOVESAN, 2012, p. 38).

No Brasil, o reconhecimento dos direitos reprodutivos está expresso na Constituição Federal em diversos trechos. O art. 6.º, caput, trata como direito social o direito à maternidade. O art. 7.º, no âmbito laboral, estabelece o salário família (inc. XII) e a licença à gestante (inc. XVIII). Já o inc. XXV do mesmo artigo, prevê a assistência gratuita a crianças de até 6 (seis) anos de idade em creches e pré-escolas. Por fim, no campo da seguridade social, a CF/88, nos arts. 201, inc. III e 203, I, protege a maternidade como direito previdenciário e de assistência social e garante, através de seu art.196 o acesso igualitário às ações e serviços de saúde (VENTURA, 2009).

Ainda, como peça central da proteção aos direitos reprodutivos no Brasil, o art. 226 da CF/88 dispõe uma série de garantias: o §3º garante o direito à livre constituição da família, com igualdade entre seus membros, o § 4º considera como entidade familiar o grupo constituído de qualquer um dos pais e seus descendentes, trazendo proteção a família monoparental e o §5º traz igualdade entre homem e mulher no contexto da sociedade conjugal. O §7º, por sua vez, afirma princípios e direitos essenciais à efetivação dos direitos reprodutivos na medida em que, além de garantir o livre planejamento familiar aos indivíduos, confere ao Estado a incumbência de oferecer recursos educacionais e científicos ao seu exercício (VENTURA, 2009).

Quanto a proteção dos direitos reprodutivos das mulheres presas, a Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984, em seu art. 83, §2º, lhes garante o direito de amamentar

e cuidar de seus filhos até pelo menos os 6 (seis) meses de idade. Ainda, o art. 89 do mesmo dispositivo legal versa que as penitenciárias femininas deverão ser equipadas de áreas especiais para gestantes e parturientes e de creche para crianças com mais de 6 (seis) meses de idade e menos de 7 (sete). Tudo isso com o objetivo de oferecer assistência às crianças desamparadas cuja responsável estiver presa. Por fim, dispõe que deverá ser concedido regime aberto à condenada gestante ou mãe de filho menor ou deficiente (art. 117) (DIUNA *et al*, 2016).

Nesse sentido, também o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prevê, em seu art. 318, que o juiz poderá substituir prisão preventiva por domiciliar, dentre outros casos, quando o agente for gestante (inc. IV) ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade (inc. V). Já o art. 318-A dispõe que, com algumas condições, "a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar". Condições estas: "não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa" (inc. I) e "não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente" (inc II).

1.2 As Regras de Bangkok em proteção aos direitos reprodutivos das mulheres infratoras

A temática da situação das mulheres infratoras tem sido abordada pelas Nações Unidas em diversas ocasiões, sempre no sentido de incentivar o tratamento justo e igualitário destas durante o processo criminal e o encarceramento, seja ele definitivo ou provisório. Nesse contexto, as Regras de Bangkok, em consonância com o direito internacional vigente, dirigem-se às autoridades responsáveis pela administração de penas não privativas de liberdade, sejam elas representantes do poder legislativo, judiciário, ou ainda componentes do ministério público e funcionários encarregados da fiscalização da liberdade condicional. Nesse sentido, o documento reafirma "direitos humanos relativos à maternidade, à família, à saúde da mulher, inclusive sexual e reprodutiva, e de seus filhos nos presídios" (VENTURA, 2015).

Classificadas como tratado internacional de direitos humanos, as Regras de Bangkok foram homologadas no Brasil e enquadram-se, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como norma de caráter supralegal. Dividido em quatro seções, esse Tratado trata primeiramente a respeito da totalidade das mulheres presas, seja de prisão cautelar ou definitiva (primeira seção), posteriormente aborda especificidades das mulheres presas já condenadas e das adolescentes (segunda seção). Por fim, refere-se às medidas alternativas ao encarceramento (terceira seção) e ao incentivo à pesquisa e planejamento sobre o tema (quarta seção) (MIOR, 2019).

Em relação à proteção à maternidade, as Regras de Bangkok trazem uma série de disposições acerca do tratamento de mulheres que possuem filhos ou encontram-se gestantes. Quando do ingresso da mulher no sistema carcerário, dispõe que deverá ser permitido, àquelas responsáveis pela guarda de crianças, que tomem as providências necessárias. Isto inclui a permissão para verificação da possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças (Regra 2). Quanto às sanções de isolamento ou segregação para fins disciplinares, não serão aplicadas a mulheres gestantes ou com filhos em período de amamentação (Regra 22). A proibição de contato com a família também jamais deverá servir como sanção disciplinar a mulheres presas (Regra 23). Por fim, em relação a instrumentos de contenção, as Regras de Bangkok versam que os mesmos não deverão ser utilizados em mulheres em trabalho de parto (Regra 24) (BRASIL, 2016).

Entretanto, a novidade maior contida neste Tratado está relacionada às medidas não privativas de liberdade, no sentido de incentivar no contexto jurídico o desenvolvimento de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão (Regra 57). Nesse ínterim, as regras dispõem que quando da condenação "os juízes terão a discricionariedade de considerar fatores atenuantes, tais como ausência de antecedentes criminais, a natureza e a não gravidade relativa da conduta criminal" (BRASIL, 2016, p. 35). Além disso, quanto às mulheres gestantes e com filhos dependentes, as Regras de Bangkok versam que sempre que possível e apropriado serão preferíveis as penas não privativas de liberdade. Assim, a pena de prisão será invocada apenas em último caso, "quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua" (BRASIL, 2016, p.35), isso porque vela-se, em regra, pelo melhor interesse dos filhos, motivo pelo qual deve existir a busca por garantir as providências necessárias ao seu cuidado.

2. O ENCARCERAMENTO FEMININO E A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES INFRATORAS

O levantamento Nacional de Informações Penitenciárias contabilizou no ano de 2020 uma população carcerária feminina de 37,16 mil mulheres. Isto representa um crescimento de 6,52 vezes em relação ao ano de 2000, em que o Brasil contava com uma população carcerária de 5,6 mil mulheres. Destas, de janeiro a junho de 2020, 106 mulheres eram lactantes e 176, gestantes/ parturientes. Em relação à presença de crianças nos estabelecimentos prisionais, filhos das infratoras, havia um total de 1.850 indivíduos (DEPEN, 2020).

Essa superpopulação carcerária decorre de uma resposta predominantemente repressiva do Estado que resulta em condições extremamente precárias de reclusão, as quais colaboram para perpetuar uma realidade de "violência e segregação que permeiam a vida das mulheres durante toda a história" (SANTAREM, 2018, p.60). Além disso, evidenciam a não observância do princípio da intervenção mínima e a utilização do sistema penal como um instrumento de manutenção da "antiga sociedade escravocrata e patriarcal". Assim, estrutura-se o sistema penal atual não para que opere a legalidade processual, "mas para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis" (ZAFFARONI, 2001, p. 27 *apud* SANTAREM, 2018, p.60) evidenciando uma realidade contrária ao discurso de igualdade que imbui o sistema penal brasileiro, através de um tratamento diverso em relação aos indivíduos a depender de sua classe social.

Nesse contexto, não obstante a ampliação do efetivo acesso a instrumentos de garantia de saúde sexual e reprodutiva, ainda existem muitas limitações quando se fala em oferta de serviços de saúde às presas, o que acaba por repercutir de maneira negativa não somente na população carcerária, mas em seus descendentes e companheiros (VENTURA, 2009). A realidade brasileira apresenta, portanto, políticas criminais e sociais muito frágeis no sentido de minimizar as desigualdades e fortalecer a cidadania dessa camada específica da população. Ainda, da maneira que têm sido aplicadas nos processos criminais, as previsões legais não têm propiciado a reinserção social, mas, de maneira oposta, têm resultado em exclusão e discriminação (VENTURA et al, 2015).

2.1 A limitação dos direitos reprodutivos nas penitenciárias femininas brasileiras

Costa (2016) expõe, nesse sentido, que o poder do Sistema Prisional não se limita a interferir somente no direito de liberdade, mas também nos lações afetivos e na sexualidade das mulheres. Considerando a sexualidade um direito resguardado constitucionalmente, a autora a coloca como uma dimensão da vida de qualquer pessoa, no cárcere especialmente consolidada pela visita íntima.

Entretanto, as mulheres submetidas a essa condição deparam-se com uma série de óbices ao efetivo exercício de sua sexualidade. Dentre eles, Costa (2016) enumera o limitado espaço físico disponível e a estrutura física precária, isto porque sendo bem menores em comparação aos estabelecimentos prisionais masculinos, veda-se a realização de visitas íntimas, ou, caso concedidas ocorrem de maneira falha padecendo de privacidade. Em levantamento realizado em 2017, constatou-se que, semelhante a visita social, grande parte das unidades femininas e mistas não possuem local adequado para que as presas recebam seus parceiros (DEPEN, 2017).

Nesse sentido, Queiroz (2015, p. 131) relata que “o direito ao sexo nos presídios é uma história bem singular”. A Lei de Execução Penal, desde 1984, garante tanto aos presos condenados como aos provisórios o direito a visita de seu cônjuge, isto se deu principalmente como uma maneira de conter a violência dentro das penitenciárias masculinas, através do controle de seus impulsos sexuais. Por esse motivo, ainda que a legislação não faça menção a gêneros, na prática, a administração penitenciária não estende esses direitos às mulheres.

Destarte, no que se refere aos cuidados com a saúde sexual e reprodutiva, grande parte dos estabelecimentos prisionais não se adequa às necessidades femininas. Além disso, nesses ambientes as mulheres se deparam com condições degradantes, as quais se estendem aos seus filhos gerando um constante ciclo de violação de direitos humanos:

> A maioria das instituições penitenciárias não está adequada às necessidades femininas, *pari passu* os cuidados com a saúde sexual e reprodutiva, programas e ações públicas de apoio à maternidade e às famílias são negligenciados pelo Estado. Em geral, o acesso à saúde possui sérias limitações, como apontado em outros estudos mais recentes e gerais. No contexto brasileiro, as mulheres em situação carcerária têm sua vulnerabilidade aumentada em razão de obstruções ao acesso a serviços legais, de saúde e social, além das degradantes condições ambientais carcerárias. Essa situação é estendida aos seus filhos, reproduzindo um círculo vicioso de persistente violação de direitos humanos (VENTURA *et al*, 2015).

Para Diuna (2017) um dos aspectos mais importantes no que se refere aos direitos reprodutivos na realidade prisional diz respeito ao direito da mulher de decidir, sem sofrer qualquer discriminação e violência, sobre sua própria reprodução. No entanto, no contexto prisional, o exercício do direito de manutenção de um relacionamento por intermédio da visita íntima está limitado não somente pelos regulamentos prisionais, mas também por regras e valores da sociedade.

Ainda, Costa (2016, p. 162) demonstra que são fatores determinantes “as diferenças de gênero no exercício da sexualidade e o fato de que as mulheres engravidam, colocam barreiras tanto para a realização das visitas íntimas, como para o cuidado com os filhos nos seis primeiros meses pós-parto”. Demonstra, ainda, que se a pretensão é de recuperação social dessas mulheres, as propostas devem ultrapassar aquelas que envolvem atividades laborais realizadas no interior do cárcere. Assim, devem propor também o cuidado com a saúde dessas infratoras sob uma perspectiva de direitos

sexuais e reprodutivos, tratando-os como de fundamental importância para a consolidação dos direitos humanos.

2.2 Mães no cárcere

Considerando, portanto, a crescente população carcerária feminina, além das diversas recomendações sobre os direitos humanos das mulheres, obtidas em âmbito internacional, tornaram-se mais visíveis os problemas decorrentes da presença nesses ambientes de mães e gestantes (CORREA *et al*., 2017). Nesse sentido, levantamentos realizados no ano de 2017 demonstram que apenas 14,2 % das unidades prisionais que custodiam mulheres possuem espaço reservado para gestantes e lactantes. Em relação a existência de local adequado para o contato da mãe com o filho durante o período de amamentação a mesma se dá em somente 48 unidades (3,2% das unidades da federação). Por fim, apenas 0,66% das unidades possuem espaço apropriado para receber crianças acima de 2 anos de idade (DEPEN, 2017).

Assim, a maior parte das penitenciárias está longe de alcançar a satisfação das necessidades da mulher, no que se refere, principalmente, a sua saúde sexual e reprodutiva. Ainda, em relação à maternidade e às famílias o Estado tem negligenciado diversos programas e ações públicas de apoio (CERNEKA, 2009).

Queiroz (2015, p.51) relatou diversos episódios vivenciados por mulheres presas no Brasil. Em um de seus relatos, escreve respeito do ambiente de insalubridade extrema, da indiferença dos carcereiros e da péssima qualidade da alimentação:

> As poucas detentas para quem Carol revela que sou jornalista se amontoam ao meu redor para contar histórias horríveis em cochicho. Falam das grávidas que viveram as angústias do parto em celas úmidas e depois viram seus bebês nascerem presos porque ninguém se importou de levá-las a um hospital para dar à luz. Na capital de nosso país. Falam da frieza dos carcereiros que permitem que muitas cheguem ao desespero do suicídio sem nunca encaminhá-las a um psiquiatra. Falam das jovens meninas que vão e voltam com frequência da cadeia, por não acharem outra vida possível quando saem livres. Falam dos horrores da comida que é entregue crua, fria e, às vezes, com cabelos e insetos. Quando olho a quentinha do dia, não tenho coragem de comer.

Geralmente, os filhos das mulheres nesta condição acabam permanecendo sob a guarda da família da detenta. Quando a família se torna inapta para prover o sustento da criança por razões diversas, a guarda do menor acaba sendo objeto de disputa judicial e a mãe, totalmente incapaz de agir, perde a guarda de seus filhos. Isto ocorre porque existe uma grande dificuldade de se estender a pena da mãe à criança considerando a situação extremamente precária em que essas mulheres vivem. O último levantamento feito pelo Ministério da Justiça mostrava que das 166 crianças que viviam no sistema carcerário no Brasil, apenas 62 encontravam-se em acomodações dignas (QUEIROZ, 2015).

Assim, em uma realidade em que a predominância é de cadeias mistas, de homens e mulheres, as crianças subsistem em ambientes insalubres, celas superlotadas, sem a menor condição de recebê-las adequadamente. Nestas condições, portanto, as apenadas por vezes optam por entregar as crianças aos cuidados da família ou por disponibilizá-las à adoção. No que concerne a ações no sentido de prevenir doenças e oferecer o pré-natal são basicamente nulas e a escolta policial encarregada de conduzir as detentas a serviços de saúde fora das cadeias é extremamente escassa (QUEIROZ, 2015).

Considerando que não recebem nem o básico, que dirá os cuidados especiais que essas mulheres necessitam na condição de gestantes e puérperas, fato que lhes traz um estado de fragilidade e mudanças hormonais e emocionais. Ora, a maternidade é algo concernente ao estado natural da mulher, e tirando-lhes o direito de exercício dos cuidados maternos, o Estado causa nestas mulheres uma condição de dor e agonia extremas. A retirada do filho recém-nascido ocorre após o período de convivência entre mãe e filho na cadeia. Depois disso os encontros ocorrem somente nos dias de visita, quando não somente após o cumprimento da pena, o que ocorre em muitos dos casos. Dessa forma, além de lhes cercear a liberdade, o Estado lhes priva das suas relações familiares e afetivas (CORREA *et al*., 2017).

Ainda assim, com todas as dificuldades presentes em dar à luz num contexto de cárcere, existe um sofrimento no momento da separação do filho, não obstante o conhecimento da inaptidão do ambiente prisional em mantê-lo. Isso deve-se ao fato de que se trata de uma presença reconfortante para a mulher, que sofre com um contexto de ímpares privações. Tudo isso é ainda mais agravado quando existe a impossibilidade da retomada do vínculo quando da saída da mulher da prisão, que pode ocorrer tanto devido à dificuldade de restabelecer ligação com a família (que manteve a guarda da criança) ou porque, devido ao transcorrer do tempo, foi necessário encaminhar a criança para adoção ou guarda de outrem (CORREA *et al*., 2017).

3. A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK NO BRASIL

Em relação à aplicação das Regras de Bangkok no Brasil faz-se mister mencionar o *Habeas Corpus* n° 143.641, do STF (2018, p.33), que concedeu substituição da prisão preventiva pela domiciliar à todas as mulheres presas gestantes puérperas ou mães de crianças ou deficientes:

> determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

No relatório, referido julgado faz extensa explanação a respeito da precária situação do sistema carcerário brasileiro, bem como o já reconhecido (pelo próprio Supremo) “estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 2018, p. 5). Ainda, em voto, foram considerados “evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças” (BRASIL, 2018, p.25). Por fim, cita as Regras de Bangkok como base legal (bem como o compromisso do Estado em relação a comunidade internacional) para que se priorize solução judicial no sentido de facilitar a aplicação de alternativas ao encarceramento. Em especial nos casos em que ainda não existam condenações transitadas em julgado (BRASIL, 2018).

Quanto à aplicação das Regras de Bangkok na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que a maioria das decisões que mencionam o termo Regras de

Bangkok foram prolatadas também em *habeas corpus* em que, utilizando-se do precedente do HC 143.641, igualmente se requer a substituição da prisão preventiva das pacientes pela prisão domiciliar.

3.1 A utilização da prisão domiciliar em proteção à maternidade

Em relação à maternidade, as modificações realizadas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), no ano de 2009, e no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41), no ano de 2012, constituem evolução normativa. Nesse sentido, dentre as novidades normativas estão previstos diversos benefícios à mulher, no sentido de garantir o bem-estar da criança, tais quais:

> acompanhamento médico à mulher e ao recém-nascido; obrigatoriedade de berçário com tempo mínimo de amamentação de seis meses; seção para gestante e parturiente, com creche para filhos desamparados maiores de seis meses e menores de sete anos; regime aberto domiciliar para condenada gestante ou com filho menor ou, ainda, deficiente físico ou mental; bem como prisão domiciliar como medida cautelar. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei n. 8.069/90), modificado pela Lei n. 12.962/14, determina a impossibilidade da perda do poder familiar pela condenação criminal, exceto no caso de condenação por crime doloso sujeito à reclusão contra o próprio filho, garantindo o direito à convivência familiar, à assistência social (VENTURA *et al*, 2015).

Em pesquisa realizada pelo Ministério de Justiça, coloca-se a prisão domiciliar como uma das saídas para o paradoxo existente entre inserir a criança no sistema prisional ou separá-la da mãe. Entretanto, a pesquisa frisa o choque dessa opção com a "cultura do encarceramento e a priorização do 'combate ao crime' presentes nos discursos e práticas do sistema de justiça" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 78). Ainda, o crescente encarceramento de mulheres no Brasil e, consequentemente, de mães e gestante indica a falta de compromisso do sistema de justiça criminal com às recomendações internacionais em relação à utilização de penas privativas de liberdade para essas infratoras (MINISTÉRIO DE JUSTIÇA, 2015).

A maternidade certamente será melhor exercida fora do contexto de prisão, e, cumprindo-se a legislação no que tange a excepcionalidade da prisão preventiva, que hoje representa 37,67% das reclusões femininas no Brasil (DEPEN, 2019), e à concessão de prisão domiciliar, resolve-se grande parte dos problemas decorrentes da permanência da mulher na prisão. Entretanto, efetivas transformações na 'cultura do encarceramento' (MINISTÉRIO DE JUSTIÇA, 2015, p. 78) requerem tempo e interesse político:

> a escolha da prisão como resposta quase unívoca do sistema, especialmente para o crime de tráfico, cria paradoxos, os quais seriam evitados caso a gestante ou mãe não estivesse presa. Contudo sabemos que mudanças na cultura do encarceramento demandam tempo e vontade política, o que de imediato exige estratégias para minimizar o impacto da prisão na vida pessoal e familiar das quase 35 mil mulheres que estão presas hoje no Brasil.

Assim, considerando a importância dessas mulheres diante de sua responsabilidade para com a "criação, sustento e manutenção dos laços familiares dessas crianças" (SANTAREM, 2018, p. 47), proteger os seus direitos significa também assegurar à criança uma infância digna. Portanto, trata-se de grande avanço a possibilidade de obtenção de prisão domiciliar, instituto capaz de lhes garantir não somente os seus direitos fundamentais, mas os de seus descendentes.

3.2 Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foram escolhidos 4 julgados que em ementa fizeram menção ao termo 'Regras de Bangkok'. Dois deles da QUINTA TURMA e dois da SEXTA TURMA, turmas responsáveis por julgar matéria relativa a direito penal no STJ. Todas as decisões foram proferidas em sede de *Habeas Corpus* em que se pleiteou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Assim, de cada turma se analisou um julgado que concedeu a prisão domiciliar e outro que deixou de conceder. Dessa forma, a começar pelos que concederam a benesse tem-se o HC 495.620/MG e o HC 482.885/SP.

O HC 495.620/MG (BRASIL, 2019, p. 2) foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que restabeleceu a prisão preventiva da paciente considerando a gravidade do delito em vista da quantidade de substância ilícita apreendida. Como Relator, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma, ao expor a respeito da prisão domiciliar, discorre que os artigos 318 e 318-A e B do Código de Processo Penal foram instituídos para "adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok". O julgado faz, ainda, menção à orientação da Suprema Corte, contida no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, já citado anteriormente, de que se substituísse a prisão preventiva pela domiciliar às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes.

Nesse sentido, o Ministro afirma que no que porventura a Lei tenha deixado de regular, deve permanecer a aplicação do precedente do STF afinal, "uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária" (BRASIL, 2019, p. 13). No caso concreto, não houve violência ou grave ameaça quando do cometimento dos crimes imputados à infratora, além disso, a mesma comprovou ser primária e mãe de filho menor de 12 anos, tendo, portanto, preenchido os requisitos dispostos nos arts. 318, V, 318-A e B do CPP. Ademais, não houve qualquer excepcionalidade capaz de afastar a domiciliar pretendida. Desta feita, a decisão é realizada no sentido de conceder a prisão domiciliar:

> concedo a ordem, de ofício, para confirmando a medida liminar e com parecer favorável do Ministério Público Federal, conceder a prisão domiciliar a CAMILA CRISTINA TURBINO FERREIRA, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau (BRAIL, 2019, p. 18).

Já o HC 482.885/SP (BRASIL, 2019, p. 3) foi impetrado contra o Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o pedido inicial de revogação da prisão preventiva, bem como da conversão da prisão preventiva em domiciliar. Em relatório, o Ministro Nefi Cordeiro frisa que a substituição foi indeferida no Tribunal de origem visto que, ainda que tenha comprovado ser mãe de criança menor de 12 anos, a paciente não demonstrou sua imprescindibilidade aos cuidados da mesma. Entretanto, o relator faz menção a importância da "proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora" demonstrando que a concessão de prisão domiciliar nesses casos deve ser adotada como regra geral, reconhecendo a presunção da necessidade da mãe aos cuidados do filho menor:

> incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida

> necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade – situações em que os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional (BRASIL, 2019, p.5).

Ainda, sustenta o ministro que não há que se discutir a necessidade da criança aos cuidados maternos "de modo que a excepcionalidade à regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal" (BRASIL, 2019, p.5). Por fim, decide o relator pela concessão do *habeas corpus*, bem como pela substituição da prisão preventiva da paciente por domiciliar.

Quanto aos acórdãos que não concederam a prisão domiciliar, o HC 477.179/RS (BRASIL, 2019, p. 7) foi impetrado contra decisão Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em Relatório, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca menciona a alegação da defesa no sentido de que a paciente possui direito à conversão da prisão preventiva pela domiciliar em decorrência de sua imprescindibilidade aos cuidados da filha de 4 anos. Em contrapartida, em seu voto, o relator alega que "o fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais". Neste ponto o Ministro refere-se a previsão em lei de apenas duas exceções aplicáveis na hipótese de não concessão de prisão domiciliar: crime cometido sob grave ameaça ou violência e crime cometido contra filho ou dependente.

Dessa forma, tendo considerado a situação excepcionalíssima, o relator considerou insuficiente a prisão domiciliar no sentido de evitar a retomada da paciente às práticas delitivas. Motivado pelo fato de que a infratora já havia sido beneficiada com prisão domiciliar em processo e que havia voltado a delinquir, não acolheu o pedido decidindo da seguinte maneira: "posto isso, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça" (BRASIL, 2019, p. 13).

Por fim, o HC 469.839/SP (BRASIL, 2019, p. 6) foi impetrado contra o Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se pretendia também a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Neste caso particular o Ministro Nefi Cordeiro, voto vencido, votou no seguinte teor:

> Voto por conceder o habeas corpus, para substituir a prisão preventiva da paciente, MARIA LUANA RODRIGUES, por prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão, por decisão fundamentada.

Argumentou que as Regras de Bangkok surgiram como principal marco internacional no que diz respeito ao tratamento das mulheres presas e à orientação no sentido de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Ainda, frisou que o interesse da criança está acima "dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade" (BRASIL, 2019, p.4).

Entretanto, o voto vencedor, do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, divergiu do relator para denegar sua ordem. Sustentou que dada a gravidade do delito e o fato de que a paciente se encontrava foragida, não há que se falar em ilegalidade que desse razão ao acolhimento do pedido.

Observa-se, portanto, como justificativa alegada pelo judiciário para a não concessão da prisão domiciliar a gravidade do delito cometido. Todavia, tal alegação está revestida de fragilidade na medida em que o tipo penal não deve ser óbice à substituição da prisão preventiva. Ademais, tendo em vista a recorrente violação dos direitos fundamentais no contexto prisional, e a posição de 'quádrupla vulnerabilidade' (SANTAREM, 2018, p. 49) da mulher infratora nesses casos, qual seja, reclusa, mulher, pobre e grávida/mãe, a prisão domiciliar traz uma possibilidade de atenuação das limitações de seus direitos. Além disso, grande parte das mulheres que obtém prisão preventiva recebem posteriormente, penas alternativas ou a absolvição, o que, entretanto, não reverte os males a que foram sujeitas no sistema prisional.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa originou-se no decorrer da formação acadêmica, mormente, no curso de disciplinas como Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia Crítica e Política Criminal e Racismo. Observou-se, nesse contexto, a precariedade do sistema carcerário brasileiro e a vulnerabilidade da população carcerária no Brasil, sobretudo das mulheres encarceradas. A visto disso, surgiu a curiosidade de conhecer os direitos inerentes às mulheres infratoras, em especial os reprodutivos, bem como de compreender de que maneira as Regras de Bangkok podem minimizar a limitação dos mesmos no contexto da prisão.

Assim, tendo por objetivo a análise de dados não mensuráveis, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa. Para Michel (2015, p. 40) na pesquisa qualitativa "a verdade não se comprova numérica ou estatisticamente; ela surge na experimentação empírica, a partir de análise feita de forma detalhada, abrangente, consistente e coerente, e na argumentação lógica das ideias". Isso porque no Direito, assim como em outras ciências sociais, os fenômenos não podem ser interpretados de forma fria e descontextualizada. Nesse sentido, Servilha e Mezzaroba (2019, p.130) discorrem que embora a pesquisa qualitativa possa se utilizar de dados quantitativos, ao analisá-los sempre haverá a sobreposição do intenso exame da "natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado". Nesse ínterim, a referida abordagem adequa-se aos objetivos do presente estudo, proporcionando uma compreensão mais global do objeto.

Para sustentar a abordagem do objeto a ser estudado, utiliza-se pesquisa do tipo bibliográfica, o que abrange uma série de materiais, tais quais livros, ensaios, compilações, artigos em revistas e os diversos materiais encontrados em meio eletrônico. Isso permite que todas as conclusões e críticas, bem como a construção dos raciocínios presentes no estudo sejam todos amparados e fundamentados (SERVILHA; MEZZAROBA, 2019, p.143).

Além disso, a pesquisa é documental, na medida em que analisa publicações jurídicas. Para Michel (2015, p. 83), a escolha do tipo de documento "será feita com o propósito de ampliar as informações sobre o objeto de interesse em função da importância que o mesmo terá para a análise e interpretação dos dados da pesquisa". Diferencia-se da pesquisa bibliográfica no que se refere a natureza das fontes. Ao passo que na pesquisa bibliográfica são utilizadas fontes secundárias, isto é, "materiais transcritos de publicações", na pesquisa documental utilizam-se fontes primárias, ou seja, materiais que ainda não foram objeto de análise (MARTINS, THEÓPHILO, 2016).

Ainda, utiliza-se o método dedutivo para se estabelecer conclusões formais com base em argumentos considerados verdadeiros. Conforme expõem Servilha e Mezzaroba (2019, p. 87) este método parte “de argumentos gerais para argumentos particulares”. Portanto, a grande questão da dedução encontra-se na relação lógica que deve existir entre as proposições arguidas para que, assim, não se comprometa a validade da conclusão final.

Por fim, trata-se de uma pesquisa explicativa visto que tem como objetivo principal “identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos” (GIL, 2002, p. 42). Trata-se do mais complexo tipo de pesquisa pois procura aprofundar o conhecimento da realidade e explicar os seus motivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstra, portanto, a limitação dos direitos reprodutivos das mulheres brasileiras no contexto de prisão, bem como a realidade de superlotação do sistema carcerário brasileiro. Isso somado à falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais para atender às necessidades específicas do gênero feminino torna essencial o incentivo a adoção de medidas despenalizadoras pela justiça criminal. Assim, propondo o desenvolvimento de penas alternativas à prisão, a aplicação das Regras de Bangkok possui potencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, capaz de evoluir em convergência com os Direitos Humanos.

Nesse sentido, em análise à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, demonstrou-se que a aplicação das Regras de Bangkok no Brasil ocorre principalmente através da substituição da prisão preventiva pela domiciliar em sede de *Habeas Corpus*. Portanto, o Tratado é uma alternativa para garantia dos direitos reprodutivos das mulheres infratoras na medida em que deixa de inseri-las no sistema carcerário. No interior da penitenciária, as Regras de Bangkok também contribuem para dirimir a limitação dos direitos reprodutivos visto que dispõem uma série de regras concernentes ao tema.

Em estudos futuros pretende-se realizar pesquisa de campo em penitenciárias femininas e mistas, bem como aprofundar a pesquisa jurisprudencial para verificar a aplicação das Regras de Bangkok também nos Tribunais de Justiça no sentido de averiguar se o entendimento da substituição da pena preventiva pela domiciliar nos casos previstos em lei tem sido majoritária nas instâncias inferiores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Federal. Processual Penal. Habeas corpus coletivo. Prisão Preventiva. Habeas corpus n.º 143641, da Segunda Turma, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. **Lex**: Jurisprudência do STF, 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 595.620, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 10 de maio de 2019. **Lex:** Jurisprudência do STJ, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 482.885, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 02 de maio de 2019. **Lex:** Jurisprudência do STJ, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 469.839, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2019. **Lex:** Jurisprudência do STJ, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus n.º 477.179, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 29 de março de 2019. **Lex:** Jurisprudência do STJ, 2019.

_____. **Decreto-lei no 3.6897 de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

CERNEKA, H.A. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 61-78, jan./jun. 2009. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/6. Acesso em: 14 abr. 2020.

COSTA, Lúcia Helena Rodrigues, ALVES, Juliana Pereira, FONSECA, Carlos Eduardo Prates, DA COSTA, Fernanda Marques, FONSECA, Franciele Fagundes. **Revista Eletrônica Trimestral de Enfermaria**. Gênero no contexto dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres privadas de liberdade, n. 43, p. 151- 163**,** 2016. Disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v15n43/pt_docencia1.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

CUNHA, Luciene Crispim da. **Regramento internacional, encarceramento feminino e a importância da implementação das Regras de Bangkok**. 2017. 99 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/9178. Acesso em: 25 out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen. Acesso em: 25 out. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN); MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA; SILVA, Marcos Vinícius Moura (org.). **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade**. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf. Acesso em 25 out. 2020.

DIUNA, Vilma, CORREA, Marilena C.D.V. e VENTURA, Miriam. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade**.** **Revista de Saúde Coletiva**. 2017, v. 27, n. 03, pp. 727-747. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-73312017000300018. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____, Vilma *et al*. Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2041-2050, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141381232016000702041&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 14 abr. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 175 p.

MARTINS, Gilberto de Andrade, THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. Biblioteca Virtual. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009088/cfi/6/10!/4/20@0:85.7. Acesso em: 27 out. 2020.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. 2018.

MEZZAROBA, Orides, SERVILHA, Claudia Monteiro. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** Biblioteca Virtual. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 360 p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/cfi/4!/4/4@0.00:5.72. Acesso em: 14 abr. 2020.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos**. Biblioteca Virtual. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0359-8/cfi/6/2!/4/2/2@0:0. Acesso em: 27 out. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ipea, 2015.

MIOR, Luise Budde. As Regras de Bangkok no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/208359. Acesso em: 14 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia, PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012. 5. ed. cap. 15, p. 34-64.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro, Record, 2015. 168 p.

SANTAREM, Paloma Cunha. **A vulnerabilidade das mulheres encarceradas e o instituto da Prisão Domiciliar**. 2018. 64 f. Monografia (graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6193. Acesso em 25 out. 2020.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.
_____, Miriam, SIMAS, Luciana, LAROUZÉ, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. **Cad. Saúde Pública**. 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Maria Eduarda Benkendorff Lischka[1]
Luiz Gustavo Assad Rupp[2]

Resumo: O estudo busca compreender a responsabilidade civil do Estado no Licenciamento Ambiental. O tema é importante em razão de ter relevância na medida em que há uma crescente de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais. Ainda que as mesmas ao serem concretizadas não gerem nenhum impacto ao meio ambiente, isso se mostrará através do licenciamento. O Estado através do licenciamento procura sempre priorizar as demandas ambientais em virtude da vida com qualidade em todas suas formas para a geração presente e futura. O método utilizado é o dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados da pesquisa apontam que o licenciamento ambiental é essencial, considerando todas as deteriorações possíveis de um empreendimento ou atividade ao meio ambiente, caso a licença não seja efetuada corretamente. Logo, o Estado por intermédio da administração pública juntamente com seus agentes é responsável por fiscalizar e, se necessário interromper as atividades lesivas.

Palavras-chave: Responsabilidade; Estado; civil; licenciamento ambiental.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos houve crescentes de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais. Ainda que as mesmas ao serem efetivadas não gerem nenhum impacto ao meio ambiente, visto que o mesmo deve ser preservado ao máximo para geração presente e futura, isso se mostrará através do licenciamento. Segundo Di Pietro (2005, p. 220) a licença é "ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade". Justamente, por tal razão que o tema se faz relevante.

Ainda, a importância está na priorização das demandas ambientais em virtude da vida com qualidade em todas suas formas para a geração presente e futura. Um ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, sendo este um direito fundamental, e está assegurado pela Constituição Federal, art.225. O meio ambiente é bem de uso comum, precisa ser mantido de forma saudável, a saúde de todos os seres depende disso. Para que o ambiente se mantenha de forma sadia são necessários os instrumentos de política ambiental, visando compatibilizar as atividades humanas com a conservação dos recursos naturais.

De fato, o licenciamento ambiental é essencial, pois será através dele que o empreendimento ou atividade serão ou não concedidos. Para que um empreendimento utilizador de recursos naturais funcione é necessário passar por todo o processo, desde os estudos prévios para avaliação das caraterísticas ambientais da área escolhida, quanto à emissão de relatório que será encaminhado aos órgãos ambientais responsáveis. É um instrumento que serve para preservação e fiscalização ambiental. Nesta concepção, Fiorillo (2009) menciona que o licenciamento ambiental é um 'instrumento de caráter preventivo de tutela do meio ambiente' visto que, sua função primordial é resguardar o meio ambiente.

De acordo com o art.2º, I, da Lei Complementar 140/2011 a licença é designada aos empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais que sob qualquer

1. Graduanda do 9º semestre em Direito na Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: meduardabenk@gmail.com.
2. Luiz Gustavo Assad Rupp. Bacharel em Direito - Univali, 1994. Mestre em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí, 2005. Professor no Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville. Advogado.

forma possam causar deterioração ambiental. Dessa maneira, toda atividade que utilize os recursos naturais deverá passar por todas as etapas necessárias para que a licença seja concedida, ou não.

Contudo, há vários problemas relacionados com o tema que diz respeito à responsabilidade civil do Estado no licenciamento ambiental. Sendo um deles, a deterioração do ecossistema atrelada além do uso irresponsável dos recursos naturais, ao não planejamento das áreas urbanas e a produção constante de resíduos sólidos. Justamente, para que haja a proteção, existe o licenciamento, cuja principal função é o resguardo do meio ambiente saudável para a população.

O outro problema está relacionado à falha na realização de alguma etapa da licença. Apesar de o sistema administrativo obter controle sobre as atividades utilizadoras de recursos naturais, pode ocorrer falha na realização de uma etapa da licença. Essa falha pode trazer danos para todos os seres vivos, por conta disso o agente causador será responsabilizado pelo seu erro. Apesar de o agente causador ser responsabilizado, muitas vezes não é possível de reparação total do dano.

O artigo inicialmente discorre sobre a responsabilidade civil do Estado, depois se debruça a respeito do licenciamento ambiental e finaliza discutindo sobre a responsabilidade civil do Estado no licenciamento ambiental.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A responsabilidade civil está em um campo muito importante do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se configura porque é através desse instituto que o dever de reparar dano causado é classificado e imposto. Para Nader (2016, p.21) “a nomenclatura responsabilidade civil possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”, ou seja, será através da responsabilidade civil que pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, será obrigada a reparar o dano.

Ainda, Stoco (2007, p. 116) traz a responsabilidade civil como “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei”. Reiterando a obrigatoriedade da responsabilização para reparação do dano.

No que se refere ao Estado, este fica responsável para fiscalizar as demandas e impedir que eventuais danos ocorram. Salienta-se ainda, que a responsabilidade civil do Estado ocorre independentemente da existência de culpa, caracterizado pela responsabilidade objetiva. O Estado através de instrumentos, como o licenciamento ambiental, possui a atribuição de regulamentar à utilização racional dos recursos naturais e controlar a poluição.

A responsabilidade civil tem como objetivo maior reparar o dano. Embora, no dano ambiental seja praticamente impossível o retorno ao status quo ante. O dano ambiental não reparado ou reparado apenas parcialmente afeta diretamente a vida dos seres vivos, ferindo a dignidade da pessoa humana, que está estabelecida no art.1º, III, da Constituição Federal.

1.1 Elementos constitutivos da responsabilidade civil

A ação, omissão, dano e o nexo causal são primordiais para configuração do elo de reponsabilidade civil. É necessário que haja uma relação entre os elementos para que o dano seja passível de reparação.

A ação está diretamente ligada na consciência da pratica do ato, ou seja, a pessoa que pratica o ato sabe o que está fazendo. Já a omissão, está ligada ao fato de poder interromper o ato e não fazer nada, se omitir da responsabilidade de agir para evitar o dano.

Nessa mesma diretriz, Diniz (2005, p. 43) pontua:

> A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou licito, voluntario e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

O dano é primordial na configuração da responsabilidade civil, pois sem que tenha ocorrido o dano não a como configurar a mesma. Ainda, o dano é todo o prejuízo causado a alguém. Para Cavalieri Filho (2008, p.71) o dano é determinante para a configuração da responsabilidade civil:

> [...] indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinadamente do dever de indenizar.

Contudo, o nexo causal é o fator principal perante os três elementos citados a cima. É o vínculo entre o ato, seja por ação ou omissão de determinado indivíduo, e o resultado final (dano). A comprovação do dano é fundamental, e por isso esse elemento é considerado necessário. Nesse mesmo aspecto, Nader (2010, p. 112) esclarece que "a causa de um dano é o fato sem o qual este não teria acontecido". Do mesmo modo que, sem essa vinculação não há como comprovar a responsabilidade.

No âmbito ambiental, ações ou omissões trazem danos muitas vezes irreparáveis. Por conta disso, o conceito de poluidor estabelecido no art. 3º, III, Lei 6.938/81 é abrangente, "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental". Inquestionavelmente, amplifica a tese de responsabilização pelo dano.

Ainda, a Constituição Federal traz em seu art.225 que é necessário um meio ambiente equilibrado para uma vida saudável de todos os seres. Em virtude das ações danosas e omissões que contribuam para degradação, seja por instituição privada ou pública, o meio ambiente sadio se torna cada vez mais inacessível.

1.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, ambas servem para indenizar e reparar o dano causado, mas o que vai classifica-las é a presença do elemento (culpa). Por isso, a culpa é elemento fundamental para identificar a responsabilidade subjetiva, enquanto a responsabilidade objetiva existe independentemente de culpa.

Por esse ângulo Cavalieri Filho (2008, p.137) classifica que prejuízo deve ser conferido e reparado por quem causou:

> Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

A responsabilidade do Estado, em regra é objetiva, conforme disposto no art.37, §6º da Constituição Federal. Desse modo, não é necessária a comprovação da culpa, somente são fundamentais o nexo causal e o dano. Apesar disso, cabem as excludentes de ilicitude (caso fortuito, força maior, culpa da vítima ou fato de terceiro).

As principais teorias da responsabilidade objetiva são: teoria do risco proveito, risco criado e risco administrativo. O risco proveito é fundado na expressão *ubi emolumentum ibi onus* que significa aquele que tira proveito do fato causador do dano, é obrigado a repara-lo. Deste modo, aquele que cria os riscos e prejuízos para outros, deve arcar com o encargo correspondente. Já o risco criado é firmado no ato humano ou atividade que possa acarretar danos aos demais, independentemente da configuração econômica ou profissional, e com isso surge o ônus de indenizar.

Para Facchini (2010, p.8) o risco criado é a consequência da atividade em geral:

> Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.

A teoria do risco administrativo estabelece que o particular não deva sofrer o dano resultante de uma atividade que em tese atribua benéficos a toda sociedade. Para Cavalieri essa teoria se constitui como uma “[...] forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública". Na esfera ambiental, é aplicada a teoria do risco integral. Essa teoria advém da responsabilidade objetiva, onde a ausência de culpa não afasta a responsabilização, e tem como diferencial das demais o fato de não admitir excludente de ilicitude.

Para Mancuso (1994, p. 176.) a responsabilidade objetiva é importante para não permitir brechas no sistema:

> Se nos afastarmos da responsabilidade objetiva, ou se permitirmos brechas nesse sistema, os interesses relevantíssimos pertinentes à ecologia e ao patrimônio cultural correrão alto risco de não restarem tutelados ou reparados, porque a força e a malícia dos grandes grupos financeiros, cujas atividades atentam contra aqueles interesses, logo encontrarão maneiras de safar-se à responsabilidade.

Ainda, Cavalieri Filho (2008, p.145) pontua a teoria do risco integral como essencial, haja vista que se fosse possível a excludente de ilicitude ficaria fora da incidência da lei:

> Extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que essa responsabilidade é fundada no **risco integral**, conforme sustentado por Nélson Nery Jr. (*Justitia* 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior [ou ainda a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro] como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei, a maior parte dos casos de poluição ambiental, como a destruição da fauna e da flora causada por carga tóxica de navios avariados em tempestades marítimas; rompimento de oleoduto em circunstâncias absolutamente imprevisíveis, poluindo lagoas, baías, praias e mar; contaminação de estradas e rios, atingindo vários

> municípios, provocada por acidentes imponderáveis de grandes veículos transportadores de material poluente e assim por diante. **(**Grifo do autor)

Ademais, com essa perspectiva, percebe-se o rigor quanto à responsabilização em matéria ambiental. O rigor se faz presente, pois, além do meio ambiente ser um bem comum de todos muitas vezes o dano é irreparável. Por conta disso, a responsabilidade será sempre de caráter objetivo.

1.3 Fundamentos da Responsabilidade da administração pública na Constituição e na legislação infraconstitucional

É importante pontuar que o fator crucial para evolução desse instituto foi o tempo. Diante disso Ripert (1937, p.223) discorre que "a ideia de reparação é uma das mais velhas ideias morais da humanidade". Ainda em um olhar global, não se entendia que havia a responsabilidade da administração pública por danos a terceiros. A ideia de o Estado ser responsabilizado estava em um patamar inatingível, inclusive era citada a irresponsabilidade, onde o Estado não era responsável por nenhum dano causado à terceiro. Dessa maneira DI PIETRO (2007, p. 409) entende que "qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania" e, esse modelo dominou até meados do século XIX, onde começou a ser possível a responsabilização estatal.

No Brasil, a responsabilização do Estado teve início com o Código Civil de 1916, que trazia essa condição no art.15, que se ampliou para a Constituição Federal de 1946, seguindo a Constituição de 1967 que trazia a responsabilização em seu dispositivo, art.105. Nos dias atuais, se faz presente na Constituição Federal de 1988, em seu art.37, §6º, conforme se extrai:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De conformidade com o artigo mencionado a responsabilidade civil é um instituto muito importante. Pois, é através desse que o dever é atribuído à administração pública para indenizar eventuais danos causados à terceiro. Ainda, o Código Civil em seu art.43 pontua as pessoas jurídicas de direito público como responsáveis pelos atos realizados de seus agentes:

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Na esfera ambiental, a responsabilização está vinculada com as três esferas de responsabilidade que são: penal, administrativa e civil. Ainda, está associada diretamente com o direito fundamental, disposto no art. 225, §3º da Constituição Federal:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

> Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O dispositivo acima trata o meio ambiente como fator crucial para vida sadia. Além de impor sanções para o poluidor que, de alguma forma lesionar o meio ambiente.

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A Constituição Federal vigente no País estabelece entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, cuja visão adotada é explicitamente antropocêntrica. Com base nisso, enfatiza Fiorillo (2012, p.69) “por conta da visão antropocêntrica, o Direito Ambiental é voltado para a satisfação das necessidades humanas”. A visão antropocêntrica coloca a espécie humana como a principal, deixando os demais seres em prol de suas necessidades.

O antropocentrismo é uma visão individualista, onde é notada somente uma espécie deixando as demais a seu dispor, segundo Rodrigues (2005, p.90) “essa visão é resultado de uma concepção egoísta e meramente econômica, a chamada fase econômica da proteção dos bens ambientais”.

Ainda, no aspecto das necessidades humanas em cultivar somente o seu bem estar, sem pensar nos demais sistemas e gerações esclarece Rodrigues (2005, p.94) que:

> O homem continuava a assistir ao espetáculo da primeira fila, vendo apenas a si mesmo, sem enxergar os demais personagens e, próprio, de tudo, sem identificar que o personagem único e principal é o conjunto de interações decorrentes da participação de todos os personagens.

Contudo para que se mantenha a qualidade do meio ambiente se utiliza o instrumento de apoio denominado de licenciamento ambiental. O mesmo serve tanto para o desenvolvimento econômico quanto sustentável.

2.1 Conceito e natureza jurídica do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é um instrumento que serve para prevenção e fiscalização, e é estabelecido pela Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981), que classifica com um procedimento meramente administrativo pelo órgão competente que licencia a localização, ampliação, e principalmente a operação de empreendimentos, que podem vir causar algum desconforto, conspurcação ou degradação. A licença ambiental é uma parte administrativa do processo de licenciamento, constituído por etapas para que a licença seja concedida. Segundo Di Pietro (2005, p. 220) a licença é “ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”.

Nesta concepção, Fiorillo (2009) menciona atenção para o artigo 9º da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº. 6.938/81: o licenciamento ambiental é um ‘instrumento de caráter preventivo de tutela do meio ambiente’. Ainda assim é importe ressaltar que a definição para o licenciamento ambiental está explicitada na legislação através da Lei Complementar 140/2011 em seu art.2º, I.

O licenciamento é, portanto, o Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais. As quais são consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

De modo geral, o licenciamento ambiental é um ato único, contudo possui várias etapas que sofrem a interferência de inúmeros agentes, e que para tal são necessários estudos técnicos, até seja designada sua concessão. A disposição acerca do licenciamento encontra-se na legislação, conforme explana Melo (2009):

> As disposições sobre o licenciamento ambiental estão previstas na Lei Complementar nº 140/2011, no artigo 10 da Lei nº 6.938/81 e na Resolução nº 237/97 do CONAMA, podendo os Estados editarem normas complementares no licenciamento de sua competência. [...]. Aliás, nossa compreensão é que mesmo com a edição da LC nº 140/2011, permanecem em nosso sistema a maioria das normas da Resolução nº 237/97 que, por evidente, impõe interpretação à luz da Lei Complementar.

O licenciamento administrativo é conceituado como procedimento destinado a licenciar empreendimentos ou atividades que venham utilizar recursos naturais, sobre qualquer forma prejudicial ao meio ambiente, conforme designa a Lei Complementar Nº 140, de dezembro de 2011.

É necessária a aquisição de licença ambiental para instalação, localização, ampliação e principalmente operação. Dessa maneira, é notável que a licença é utilizada como um meio de controle com função preventiva, mas pode servir como uma manifestação do Poder de Polícia Administrativa, cujo o principal motivo, em ambas as funções é a prevenção do dano ao meio ambiente.

2.2 Etapas do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental federal é composto por etapas, que conforme Resolução do CONAMA nº 237/97 são: Licença Prévia (LP); Licença de Instalação (LI); e, Licença de Operação (LO). Essas são as etapas primordiais, mas ainda são utilizados estudos de impacto ambiental com o relatório denominado Estuado de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). Ainda, em alguns casos é realizada uma audiência pública com a participação de sociedade civil do local. Classifica Melo (2009, p.103) a importância das etapas para a concessão da licença com foco em seus objetivos, da seguinte forma:

> Licença Prévia (LP): a mais importante das licenças ambientais, com o objetivo de aprovar a localização e a concepção do projeto. Nela é atestada a viabilidade ambiental do projeto, mas não autoriza o empreendedor a edificar ou intervir de alguma forma no meio ambiente.
> Licença de Instalação (LI): autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com o especificado nos planos, programas e projetos aprovados. Nesta fase são permitidas as construções, edificações, cortes de árvores, e tudo o mais que se fizer necessário para o empreendimento.
> Licença de Operação (LO): cumpridas as medidas constantes das licenças anteriores, a licença de operação é a licença para efetiva operação da atividade, com as devidas medidas de controle ambiental que deverão ser observadas no efetivo exercício da atividade.

Todas as etapas são importantes e necessárias. Conforme a Resolução do CONAMA nº237/97, artigo 8º, parágrafo único: “licenças ambientais poderão ser expedidas de forma isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade”. Diante disso, o empreendimento ou atividade que utiliza recursos naturais deverá passar por todas as etapas necessárias para que a licença seja concedida. Se por acaso em alguma etapa for decretado que o empreendimento irá trazer um impacto para o meio ambiente, a mesma não será concedida.

2.3 Avaliações de impacto ambiental

No Brasil a utilização da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) como um instrumento fiscalizador iniciou pelas exigências de organismos de financiamento para projetos que fossem demandar um grande impacto ambiental, como mineração e usinas hidroelétricas. Para que houvesse a viabilização, era necessário cunho legal, que foi resolvido pela Resolução do CONAMA nº 001/86.

O estudo prévio de impacto ambiental, com o pressuposto de avaliar efeitos de empreendimentos e atividades sobre a esfera ambiental, tem respaldo constitucional no artigo 225, 1º, IV da Constituição Federal de 1988. Com a finalidade de assegurar o ambiente ecologicamente equilibrado, protegendo de obras que venham causar algum dano ambiental. Esse estudo deve ser levado com rigor e seriedade, visto que precisa ser completo, de forma que permita conhecer as condições ambientais anteriores ao empreendimento ou atividade, e também avalie os danos que venham a causar.

Já o EIA e RIMA são documentos que servem de alicerce para a Avaliação de Impacto Ambiental, que contempla o processo de licenciamento. O EIA serve para fazer um detalhamento dos levantamentos técnicos, e o RIMA por sua vez serve para que o detalhamento técnico fique em uma linguagem acessível e de fácil entendimento a qualquer pessoa.

Conforme Fernandes (2005, P.62) AIA consiste em um método de defesa em prol do meio ambiente:

> Um instituto de inexorável repercussão na defesa do meio ambiente em sua mais eficiente faceta, a prevenção, reflete o Estudo Prévio de Impacto Ambiental inegável desejo do legislador constituinte em assegurar, constitucionalmente, mecanismos eficazes à tutela ambiental.

Ainda, enfatiza Mirra (2006, p.4) justamente os aspectos de defesa e também planejamentos dos empreendimentos e atividade, de modo que não prejudiquem o meio ambiente:

> A grande contribuição do EIA para o planejamento de obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental foi precisamente estabelecer um tempo distinto, e necessariamente mais demorado, para a aprovação de projetos de empreendimentos que, apesar de relevantes para o desenvolvimento econômico e social e benefícios a curto ou em médio prazo, podem ser também danosos à qualidade de vida e ao bem-estar da coletividade em longo prazo – incluindo as futuras gerações.

Todavia, para Agra (2005) a realização do EIA é muito complexa, visto a ausência de informações e a inexistência de base tecnologia adequada. Ressalta ainda, o valor exorbitante para pesquisa de campo. Sobre isso, Agra (2005, p.69) expõem:

> [...] os resultados dessas avaliações se mostram deficientes ou insuficientes, tanto para um balizamento adequado do dimensionamento ou caracterização dos impactos ambientais prováveis, como para o delineamento das medidas de mitigação e monitoramento necessárias. Assim, as avaliações em geral tornam-se, essencialmente justificativas para a adoção das medidas de mitigação dos impactos ambientais potenciais, característicos da tipologia do empreendimento e, portanto, sem haver estreita relação entre as medidas previstas e as particularidades do contexto ambiental em estudo. Isto contraria a definição básica de impacto ambiental como resultante da interação entre as atividades do projeto e o ecossistema em questão.

O Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é um documento auxiliar que tem como finalidade traduzir questões de alta complexidade relatada no EIA, pois, tem como destino a comunidade. O RIMA deve ser elaborado da forma mais acessível possível, com ilustrações de mapas, gráficos e entre os meios visuais, de modo que fiquem claras a qualquer pessoa as consequências ambientais do projeto, com um comparativo das vantagens e desvantagens trazidas.

Já as audiências públicas servem para atribuir a sociedade o direito de participar no processo ambiental, presente nos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988. Segundo Fiorillo (2009, p.146) a audiência poderá:

> A audiência pública poderá ou não acontecer, não tendo cunho obrigatório. A sua formação ocorrerá: a) quando o órgão competente para a concessão da licença julgar necessário; b) quando cinquenta ou mais cidadãos requererem ao órgão ambiental a sua realização; c) quando o Ministério Público solicitar a sua realização. Todavia, caso não seja realizada a audiência pública, tendo havido requerimento de alguns dos legitimados, a licença concedida será inválida.

Os aspectos procedimentais das audiências públicas encontram-se na Resolução do CONAMA nº 1/86 e 9/87, que se fez com base no fundamento constitucional do direito à informação, com objetivo de expor as informações do RIMA, além disso, as audiências públicas ocorrem com a finalidade de recolher críticas e sugestões sobre a efetivação do empreendimento ou atividade no local.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

A responsabilidade civil da administração pública é de natureza objetiva. Essa classificação se dispõe em virtude da obrigação do poluidor em reparar o dano ecológico, sem a necessidade da comprovação de culpa na conduta. Ainda, em função do licenciamento ambiental essa responsabilização de natureza objetiva é fundamentada na teoria do risco integral. De tal forma que, é pacífico o entendimento do STJ de que “a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

A administração pública, por meio de seus agentes e órgãos fiscalizadores comete erros deixando rachaduras na sua obrigação de conter as práticas poluidoras, e todos os indivíduos são afetados de forma negativa. Nessa concepção, Sirvinskas (2002, p.97) explana que toda pessoa, jurídica ou física é responsável por danos causados ao meio ambiente:

> Toda pessoa física ou jurídica é responsável pelos danos causados ao meio ambiente. Não é diferente em relação à pessoa jurídica de direito público interno. Esta, com maior razão, deve ser responsabilizada pelos danos causados ao ambiente por omissão na fiscalização ou pela concessão irregular de licenciamento ambiental. Tal fato, no entanto, não exime a responsabilidade do verdadeiro causador dos danos.

Salienta-se ainda que, o licenciamento é um instrumento imprescindível da administração pública para resguardar os recursos naturais e o meio ambiente. Desse modo, esse instrumento é considerado um pilar da política ambiental.

3.1 Ação e omissão da administração pública no licenciamento ambiental

Não existe uma natureza discricionária indubitável aos entes estatais para decidir atuar ou não em questões ambientais. Contudo, há incumbências e comandos jurídicos que não podem ser descumpridos. A legislação ambiental é categórica no sentido de caracterizar a responsabilidade estatal em virtude do dano ambiental, seja pela ação ou omissão.

A ação poluidora da administração pública ocorre quando o próprio Estado empreende de maneira lesiva no meio ambiente. Tal maneira advém da falta do respectivo licenciamento e o adequado estudo de impacto ambiental.

Nesse aspecto, Benjamim (2003, p.35) pontua que em muitas circunstâncias o Estado aparece como responsável direto ou indireto da degradação:

> Isso porque, se, por um lado, o Estado é o promotor por excelência da defesa do meio ambiente na sociedade, quando elabora e executa políticas públicas ambientais e quando exerce o controle e a fiscalização das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, por outro lado, ele aparece, também, em muitas circunstâncias, como responsável direto e indireto pela degradação da qualidade ambiental, quando elabora e executa outras políticas públicas – como, por exemplo, as relacionadas as desenvolvimento econômico e social – e quando se omite no dever que tem de fiscalizar as atividades que causam danos ao meio ambiente e de adotar as medidas administrativas necessárias à preservação da qualidade ambiental.

Ainda, a omissão da administração estatal que decorre da falta de agir, por intermédio da fiscalização em empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais. Com base nisso, Machado (2004, p.330) pontua que “o direito ambiental engloba as duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva e a função reparadora”. A função preventiva está entrelaçada a fiscalização que é um fator de extrema importância, haja vista que a maioria dos danos ambientais é irrecuperável.

3.2 A possível responsabilidade solidária da administração pública em face do dano ambiental decorrente do licenciamento

A responsabilidade solidária é fundamental no regime da administração pública. Essa responsabilidade significa que, todos os agentes (públicos ou privados) que de forma direta ou indiretamente causarem algum dano ao meio ambiente poderão ser responsabilizados. Ainda, é atribuição do Estado à preservação ao meio ambiente, e por isso pode ser responsabilizado de forma solidária toda vez que se eximir de sua função (SARLET; FENSTERSEIFER,2020).

Nessa toada Rodrigues (2015, p.442) explana a responsabilidade solidária perante o ente estatal:

> Com base na ideia de solidariedade passiva e de buscar, sempre, que haja efetiva reparação das lesões causadas ao meio ambiente, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores vem reiteradamente decidindo que o ente estatal deve ser responsabilizado por ter falhado em seu dever de fiscalização.

Dessa forma, toda vez que o Estado se eximir de sua função e ocorrer um dano ambiental será conferido à responsabilidade solidária. Contudo, sua execução será de caráter subsidiário e, somente será possível o acionamento no caso de falta de capacidade de cumprimento por parte doa gente privado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

3.3 O dano decorrente da improbidade administrativa ambiental

Conforme se extrai do art.225 da Constituição Federal, é dever do Estado zelar pelo meio ambiente sadio. De tal forma que, pela Lei 8.429/92 o órgão/agente público ambiental que se eximir-se de sua função fiscalizadora terá seu ato classificado como um ato de improbidade administrativa (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

Bem como, por exemplo, o agente público que, através de vantagem econômica, expede licença para a implantação de empreendimento em local de preservação. Consequentemente, essa atitude se configura como um ato de improbidade administrativa. Ainda, o STJ tem entendimento pacífico que:

> as normas ambientais encerram obrigações não só para quem usa recursos naturais, mas também para o administrador público que por eles deve velar. O agente do Estado que, com dolo genérico, descumpre, comissiva ou omissivamente, tais deveres de atuação positiva comete improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92.

Desta maneira, conforme o entendimento do STJ e das normas o ato classificado como improbidade administrativa está interligado com a infração dos princípios da administração pública. Tendo em vista o comprometimento do Estado em preservar o meio ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020). Conforme se extrai do art.11 da Lei 8.429/92:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.

Além disso, todas as atividades/empreendimentos e atuações lesivas ao meio ambiente podem gerar responsabilização administrativa, civil e criminal. Logo, de forma necessária a condenação por improbidade administrativa.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A origem da pesquisa vem da observação feita no período escolar onde com as aulas de Biologia foi ensinada a importância de manter todos os ecossistemas saudáveis para uma vida com qualidade. A observação se dá também mediante aos inúmeros empreendimentos que vêm surgindo no Brasil utilizando recursos naturais disponíveis, consideravelmente noticiados pelas mídias locais. Ainda, ao desenvolvimento jurídico para solucionar os conflitos traçados na busca de um meio ambiente saudável para todas as gerações.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Minayo (2001 p. 14) ta pesquisa “trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crença, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações dos processos”. A referida abordagem permite o conhecimento através informações aprofundadas e ilustradas, não se preocupando com aspectos numéricos. Ainda, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

Ainda, a pesquisa é do tipo bibliográfico, elaborado com base nos matérias já existentes, com foco em livros e artigos científicos da área. Segundo Gil (2002, p.3) “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diariamente”. Com base nisso, serão reunidas as informações utilizadas na elaboração do tema.

Por conseguinte, a pesquisa é documental, ao acrescentar documentos que possuem estabilidade de dados e informações que acarretaram em uma análise mais completa do tema. Gil (2002, p.46) entende que “os documentos constituem fonte rica e estável de dados” e por isso contribuem na construção da pesquisa.

Desse modo, o método utilizado é o dedutivo, o qual utiliza conceitos que são ponderados como verdadeiros e indiscutíveis para explanar e apresentar fatos sobre o tema. Partindo de uma análise geral para o particular. Para Gil (2008, p.9) “parte de princípios conhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica”. São usados, portanto os conceitos reconhecidos como verdades absolutas. Busca, portanto, uma construção lógica para análise e conclusão do tema.

Por conseguinte, a pesquisa é explicativa, pois tem como pretensão explicar a razão e o porquê das coisas. Gil (2019) afirma que “as pesquisas explicativas têm como propósito identificar fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos”. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do artigo, juristas e doutrinadores especializados na área discorrem sobre a responsabilidade civil, com foco na matéria ambiental. Pontuam a importância do rigor quando se trata de questões ambientais, visto que é um bem comum e necessário de todos.

Ainda, são explanadas todas as etapas do licenciamento ambiental, sendo este instrumento fundamental para o resguardo dos recursos naturais. Deste modo, é abordada importância do Estado por intermédio da administração pública e seus agentes para que ocorra a fiscalização e medidas necessárias para combater qualquer infração no decorrer da licença, evitando, portanto, danos ambientais. Salienta-se que, os danos em esfera ambiental muitas vezes não são possíveis de reparação total, justamente por conta disso que há o rigor.

A crescente de empreendimentos e atividades que utilizam recursos naturais traz mais visualidade para o tema. No entanto, apesar disso e de todo o rigor estabelecido na teoria ainda ocorre falhas na concessão da licença que, prejudicam o meio ambiente e sucessivamente a vida dos indivíduos.

É indispensável, portanto, que todas as etapas sejam efetuadas de forma correta e que a administração pública as fiscalize. Dessa maneira, protege a qualidade de vida para a geração presente e futura.

REFERÊNCIAS

AGRA FILHO, Severino Soares. **Os estudos de impactos ambientais no Brasil:** uma análise de sua efetividade. 1993. Dissertação (Mestrado em Planejamento Energético). Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro-RJ, 1993.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília: Congresso Nacional, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011.** Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 24 maio. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 jan. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 584 p.

Conselho Nacional de Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/. Acesso em: 01 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**. Rio Grande do Sul: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2010. 63 p.

FERNANDES, Paulo Victor. **Impacto ambiental**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 216 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 488 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 642 p.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, 176 p.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 220 p.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, 188 p.

Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso em 01 out. 2020.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 571 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1994. 280 p.

MELO, Fabiano; OLIVEIRA, Gonçalves de. **Direito ambiental**. Niterói: Impetus, 2012. 260 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1024 p.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa Social. **Teoria, método e criatividade**. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 31 p.

MIRALÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. 1119 p.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental**: aspectos da legislação brasileira. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 136 p.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 7, 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 548 p.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** v.7, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 632 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. 364 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 717 p.

RIPERT, George. **La régle morale dans les obligations civiles.** São Paulo: Saraiva, 1937. 424 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. 1. ed. Rio
de Janeiro: Forense, 2020. 588 p.

SIRVINKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 376 p.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1949 p.

ESTUDO DE SEGURANÇA PÚBLICA EM JOINVILLE: UM OLHAR A PARTIR DA CRIMINOLOGIA DOS *OUTSIDERS*

Mayrene Yamê de Oliveira Vicente [1]
Luana de Carvalho Silva Gusso[2]

Resumo: O presente artigo visa realizar uma leitura dos dados empíricos de ocorrências policiais registrados oficialmente pelas Instituições Segurança Pública da Cidade de Joinville-SC, durante os anos de 2018 a 2020, nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba, tendo como objetivo ponderar, mediante o apoio teórico da obra de Howard Saul Becker em *Outsiders*, se seria possível identificar a criação de um discurso criminológico de imputação/seleção ao *outsider* e quem, hipoteticamente, essa figura seria nestes bairros. A metodologia é qualitativa, do tipo documental, sendo o método indutivo e com pesquisa descritiva. O resultado obtido revela o indivíduo de conduta desviante como, de modo geral, aquele que perde documentos/objetos (ou seja, não perigoso), ou que se envolve em acidentes com danos materiais, furtos e ameaças.

Palavras-chave: criminologia, segurança pública, sociologia, o*utsider*.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa problematizar se seria possível por meio da mobilização de dados estatísticos produzidos pela Polícia Civil e Militar, a produção ou a reprodução do estereótipo do *outsider* nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba. Assim, questiona em que medida os dados desvelam as ocorrências policiais registradas nos bairros selecionados; e, ainda, o importante papel dos estudos da criminologia (em especial da criminologia crítica) como suporte teórico-crítico na interpretação dos dados encontrados. Nesse sentido, segundo Baratta (2011), a criminologia crítica serve para contextualizar a realidade comportamental do desvio à luz do desenvolvimento das relações de produção e distribuição, e assim nota-se a imprescindibilidade de beneficiar-se dos referidos dados a fim de acompanhar os respectivos desenvolvimentos e assim poder aplicar uma melhor segurança pública.

Em sentido semelhante, Shecaira (2014), enfatiza que uma abordagem é empírica, quando assim participa do mundo real, do verificável, do mensurável, baseando-se mais em fatos do que opiniões e em observações do que em discursos. No entanto, embora seja primordial a análise do mundo real para a criminologia, ela não utiliza dos resultados para generalizar e concluir (definitivamente) pontos, até porque como elucida o citado autor Shecaira (2014, p.66) "os envolvidos com fatos delituosos não se sentem à vontade para dar entrevistas para pesquisadores que não são seus conhecidos", entendendo que por mais real que seja o estudo com base em dados, ainda pode restar prejudicado pela questão emocional – que, por vezes, impede/obsta a comunicação.

Em análise das estatísticas, preza-se por identificar em que consiste os esforços da segurança pública, concomitante e consequentemente, conhecer/identificar o *outsider* no Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba. Importante entender que a legislação brasileira além de valorar de maneiras diferentes crimes e contravenções penais, tem como um dos princípios penais o *ultima ratio*, revelando a justiça criminal como última opção ante determinada situação, traduzindo a ideia que há momentos em que outras esferas do Direito poderão atuar ou até mesmo as partes resolverem entre si.

1. Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville.

Nesse sentido, também critica o doutrinador Guilherme Nucci (2014, s.p.) ao afirmar que “movimentar a máquina judiciária, ainda que se trate do Juizado Especial Criminal, é deveras ousado para tal contravenção” referindo-se, aqui, ao tipo previsto na Lei de Contravenções Penais de derramar algo em via pública e sujar terceiro.

Estudos, quaisquer que sejam, só podem ser validados se existir um conteúdo que os sustente, e nesse sentido, a criminologia não poderia ser diferente. Todo conhecimento provém de uma fonte, e em tratando-se de sociedade, não há como dispensar a análise das estatísticas: embora não revelem a integralidade dos fatos, delineiam um caminho mais seguro do que analisar amplamente sem refúgios.

Nesse sentido, Shecaira (2014, p.66) ensina que “[...] a explicação do fenômeno criminal não pode prescindir de dados, de informações, sem as quais não se pode interferir em nada, e concluir sobre resultados que possam vir a ser generalizados”, valorando a importância não só do uso, mas antes da compilação de dados na área criminal – não apenas para fins acadêmicos, mas para fins de medidas de segurança, ou melhor dizendo políticas criminais e segurança pública.

Nesse contexto, Zaffaroni e Pierangeli (2018) esclarecem que a criminologia, do ponto de vista biopsicossocial, oferece conhecimentos de dados de grande utilidade para o direito penal e para política penal, assim, não estuda apenas uma esfera da realidade e de conduta humana, mas várias simultaneamente. E dessa maneira não despreza a complexidade do que se é viver em sociedade e todas as suas consequências, pelo contrário, a fim de ser eficiente e aplicável, leva em conta muitos aspectos antes de chegar a uma conclusão – se for possível falar em conclusões definitivas.

Com essa base, estudou-se as ocorrências atendidas pela Polícia Civil e Militar nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba identificando os *outsiders* e os analisado juntamente ao instrumento municipal de descrição de bairros, finalizado com o olhar da criminologia crítica.

A partir do reconhecimento dos desviantes na cidade, é possível redirecionar atenciosamente o estudo de políticas criminais aos pontos de foco, se necessário. Segundo Jeffery (1997 *apud* SHECAIRA, 2008, p.325)

> mais crimes, mais penas, mais prisões, demanda mais juízes, mais promotores, mais investimentos, mais impostos, mas isso não produz necessariamente menos criminalidade. A eficácia do sistema de controle social decorre muito mais da melhor articulação do controle social formal e informal do que da gravidade da pena fixada.

Assim, evidente está a relevância de trabalhar, simultaneamente, com dados estatísticos, segurança pública e criminologia a fim de conhecer quem é o verdadeiro vulnerável/*outsider*. Porém, ressalta-se que os dados não serão interpretados para rotular mais pessoas. Antes, devem ser entendidos como um rótulo já existente oriundo de uma repressão estatal aos vulneráveis, principalmente, pelos policiais (OLIVEIRA; THEODORO, 2018).

Por fim, o conteúdo será desenvolvido a partir da separação em breve estudo de pontos importantes da cidade e dos bairros selecionados, bem como da segurança pública; em seguida, em pesquisa e leitura dos dados públicos e, por último, a costura da leitura dos dados com a teoria crítica criminológica.

1. BAIRROS E SEGURANÇA PÚBLICA EM JOINVILLE

1.1 Conhecendo Joinville

A cidade de Joinville/SC, segundo o IBGE, com última atualização em 2018, tem uma população estimada para 2020 de 597.658 habitantes, e segundo o censo de 2010, tinha 515.288, povoando 41 bairros. Com base nisso, o PIB *per capita*, era R$ 52.792,59. Já na questão de trabalho e rendimento, tinha-se uma média de 2,9 salários mínimos para os trabalhadores formais, e 26,5% da população tinha rendimento nominal mensal *per capita* de até ½ salário mínimo. Ainda, relativamente à educação, foram matriculadas 69.963 pessoas no ensino fundamental, espalhadas em 144 estabelecimentos pela cidade, enquanto 19.725 pessoas no ensino médio, dispersas em 50 estabelecimentos.

Nesse sentido, passa-se a conhecer os bairros selecionados como objeto de pesquisa.

1.1.1 Aventureiro

O bairro da região norte/nordeste da cidade foi criado em 1990, pela Lei n. 2.376/90, porém, desde a década de 50 já havia circulação de pessoas em razão do clube esportivo Aventureiro, que posteriormente nomeou o bairro. A ocupação residencial se deu com o primeiro conjunto habitacional chamado de Castello Branco (Cohab do Aventureiro) na década de 80 e até hoje é um bairro residencial, conforme registrado pela SEPUD (2017). Oficialmente regulado por Lei, a população já era de 20 mil habitantes, e atualmente é de 39 mil, segundo dados do instrumento Ambiente Construído, desenvolvido pela SEPUD (2018).

No tocante ao desenvolvimento social, de acordo com o documento intitulado “Joinville bairro a bairro 2017”, o bairro é ocupado por 13 escolas, sendo 05 Centros de Educação Infantil (CEI), 03 Escolas de Educação Básica (EEB), 01 Escola de Ensino Médio (EEM) e 04 Escolas Municipais (EM). Já no que concerne à segurança, a responsabilidade é do CONSEG 20, como informa a Secretaria de Segurança Pública (SSP), responsável exclusivamente por este bairro, juntamente com o 8º Batalhão de Polícia Militar e a 4ª Delegacia de Polícia Civil.

Ainda, quanto à economia, o instrumento da SEPUD de 2017, revela graficamente a relação renda por habitante sendo 57,1% dos habitantes com renda entre 1 e 3 salários mínimos e um rendimento mensal, em salários mínimos, de 1,57.

1.1.2 Boa Vista

Desde meados do século XIX já se falava em Boa Vista, fazendo referência à região leste/nordeste da cidade, que detinha ampla e densa mata. Na década de 40, porém, a mata foi substituída pela implantação de indústrias, que precisavam ser construídas fora da região central da cidade, resultando em crescimento populacional. No entanto, o número decaiu consideravelmente no decorrer das décadas seguintes, passando de 32 mil habitantes para 18 mil, segundo informa o instrumento da SEPUD em 2017.

No tocante ao desenvolvimento social, analisando o mesmo instrumento, o bairro é ocupado por 05 escolas, sendo 01 Centro de Educação Infantil (CEI), 02 Escola de Educação Básica (EEB) e 02 Escolas Municipais (EM). Já a segurança é de responsabilidade do CONSEG 22, juntamente com o 8º Batalhão de Polícia Militar e a 7ª Delegacia de Polícia, além de situar também a Central de Plantão de Polícia (CPP), a Divisão de Investigação Criminal (DIC) e a Delegacia de Polícia Federal.

Ainda, concernente a economia, tem-se a predominância da relação renda por habitante em 56,6% com renda entre 1 e 3 salários mínimos e um rendimento médio mensal, em salário mínimo, de 2,03.

1.1.3 Jarivatuba

O bairro ganhou o nome de uma árvore que cobria grande parte da região, mas, antes era conhecido por Bupeva e, até 1977, por Itaum. O crescimento populacional se deu à medida que a infraestrutura do bairro foi sendo desenvolvida, dobrando a quantidade de habitantes desde a década de 80 até o ano de 2017, que contava com 7.800 e hoje beira os 14 mil, conforme constatou o dispositivo da SEPUD em 2017.

No tocante ao desenvolvimento social, o bairro contempla 04 escolas, sendo 02 Centros de Educação Infantil (CEI) e 02 Escolas Municipais (EM). Na questão de segurança pública, a responsabilidade é do CONSEG 97, abrangendo os bairros Paranaguamirim e Jarivatuba, juntamente com o 17º Batalhão de Polícia Militar e a 2ª Delegacia de Polícia Civil, situada no bairro Fátima.

Ainda, concernente à economia, tem-se a predominância da relação renda por habitante em 52,5% dos habitantes com renda entre 1 e 3 salários mínimos e um rendimento médio mensal, em salário mínimo, de 1,41.

1.2 Segurança pública em Joinville/SC

A segurança na cidade de Joinville é executada por meio de políticas públicas desenvolvidas pela Secretaria de Proteção Civil e Segurança Pública (SEPROT), que contempla órgãos da Guarda Municipal, Defesa Civil, Polícia Civil e Militar, serviços de Emergência, além da Polícia Comunitária, consistente na união da Polícia Civil e Militar e a comunidade, por meio de conselhos comunitários (CONSEGS) destinados a discutir, analisar, planejar e acompanhar solução dos problemas de segurança das comunidades participantes, conforme exposto nos dados de desenvolvimento social da cidade de Joinville em 2019.

Acerca do CONSEG, sua atuação é em 15 regiões da cidade, formada por 41 bairros, sendo que os atendimentos são feitos abrangendo bairros vizinhos, porém nem todos participam das referidas reuniões que visam resolver problemas de segurança e melhorar a qualidade de vida local.

Nesse sentido, a atuação da Polícia Militar, de serviço público ostensivo preventivo e ostensivo repressivo, é feita pelo 17º e 8º Batalhão, monitorados pela 5ª Região da Polícia Militar. O primeiro é situado no bairro Itaum, abrigando 194 policiais, responsáveis pelo monitoramento de 17 bairros da zona sul e cidades de Barra Velha e São João do Itaperiu, unidades subordinadas, enquanto o segundo localiza-se no bairro Glória, contando com 354 agentes, responsáveis pelo remanescente da cidade, além da cidade de Itapoá e Garuva.

A Polícia Civil, como polícia investigativa e judiciária, porém, é dividida em 11 delegacias ao longo dos bairros Costa e Silva, Fátima, Itinga, Aventureiro, Vila Nova, Pirabeiraba, Boa Vista, América, Floresta e Bucarein, sendo duas delas especializadas: uma em homicídios e outra em proteção à criança, ao adolescente, à mulher e ao idoso, e uma Divisão de Investigação Criminal (DIC).

2. A PESQUISA

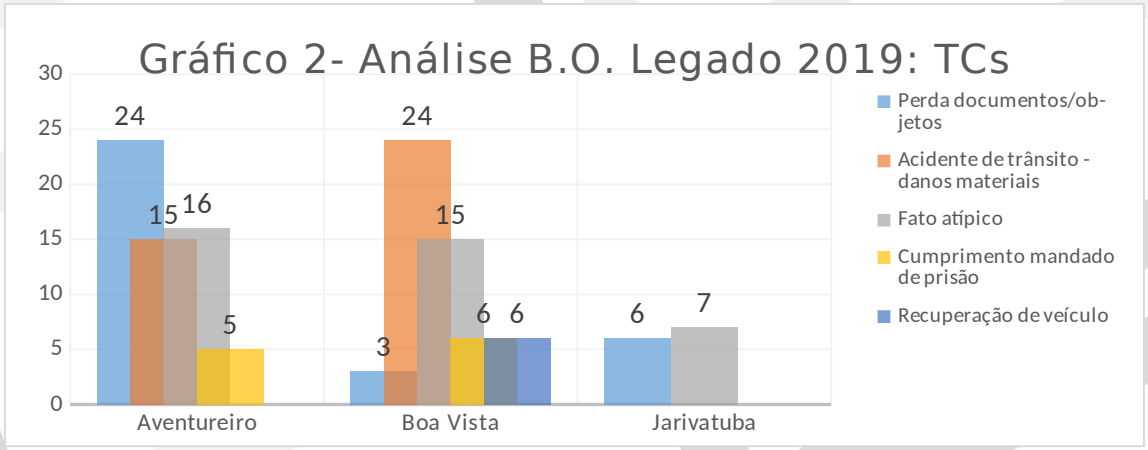
2.1 Método e fonte

A pesquisa teve como base duas planilhas, “B.O. Legado”, representando as ocorrências notificadas pela Polícia Civil nos anos 2018 e 2019, e “B.O. Integrado”, representando as ocorrências notificadas em conjunto pela Polícia Civil e Militar nos anos de 2018 a 2020, recebidas da 02ª Delegacia Regional de Polícia de Joinville. Em cada planilha foi aplicado filtro para selecionar apenas os dados referentes aos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba nos anos 2018 a 2020, separando, em cada uma, TCs (ocorrências não criminais) de infrações penais (abrangendo ilícitos do Código Penal, Lei de Contravenções Penais e Código de Trânsito Brasileiro).

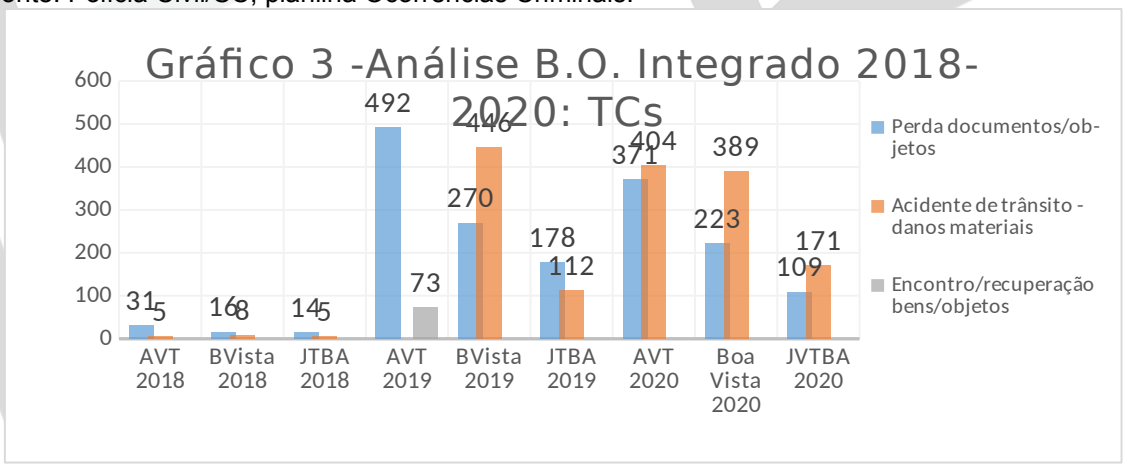
Após a aplicação do filtro, foram elaborados 8 gráficos em colunas, identificando, por ano, quais as 5 ocorrências TCs mais sinalizadas em cada bairro e as 5 ocorrências criminais, tanto na planilha exclusiva da Polícia Civil, como na de nova sistemática contemplando a junção da Polícia Civil e Militar.

2.2 Análise

O estudo feito após a extração de dados específicos das planilhas que enquadram os fatos noticiados exclusivamente pela Polícia Civil em “B.O. Legado” e em conjunto com a Polícia Militar, na nova sistemática, em “B.O. Integrado” resultou em gráficos, de até cinco colunas representando as ocorrências em grupo de três bairros, que levam aos seguintes entendimentos e hipóteses, iniciando pela comparação entre TCs da planilha Legado, ano 2018 (*gráfico 1*) e 2019 (*gráfico* 2), e Integrado (*gráfico 3*).



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

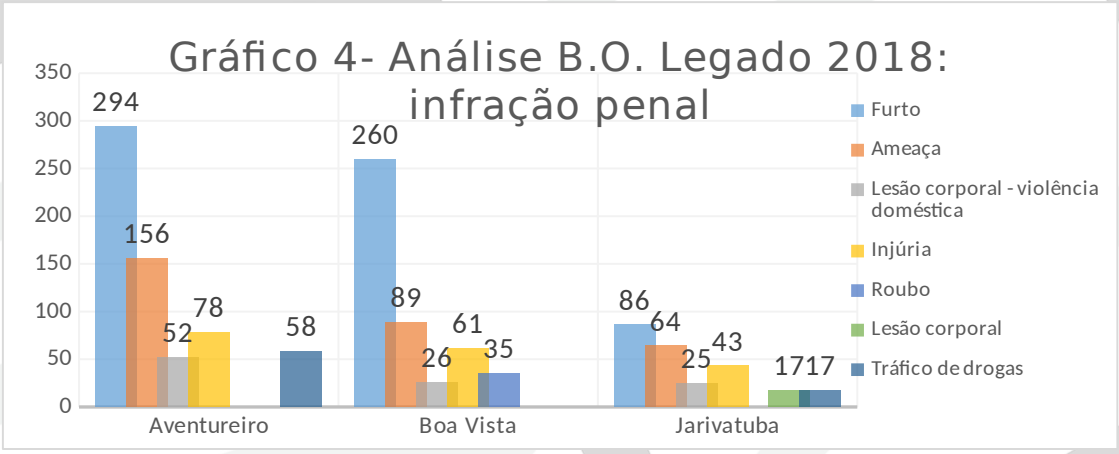


Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

Pode-se notar que as ocorrências que mais aconteceram nos dois anos não variaram em espécie, apenas em quantidade, devido, principalmente, ao fato de ser um período de transição de sistemática.

Se analisarmos, porém, as demais ocorrências (TCs) extraídas da planilha Integrada (*gráfico 3*), no período dos 3 anos, percebe-se a defasagem no período de transição. Isso poderá ter ocorrido devido a possibilidade de que a Polícia Militar não tenha repassado suas anotações individuais para constar os dados desde o primeiro momento do novo método/sistema [de anotação].

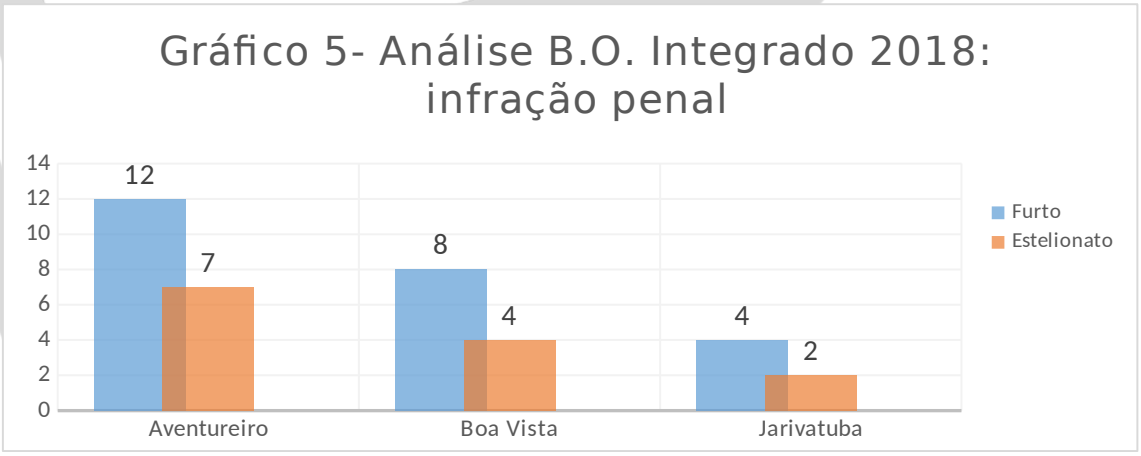
No entanto, quanto a espécie das ocorrências, claramente nota-se a repetição da díade Perda de documentos e/ou objetos e Acidente de trânsito – danos materiais, demonstrando o esforço da polícia quanto ao cuidado de bens dos cidadãos, sendo reconhecida como um órgão seguro para auxiliar ou estar em alerta quando do perdimento de algum bem ou documento pessoal, bem como para registrar acidentes de trânsito sem quaisquer ferimentos.



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

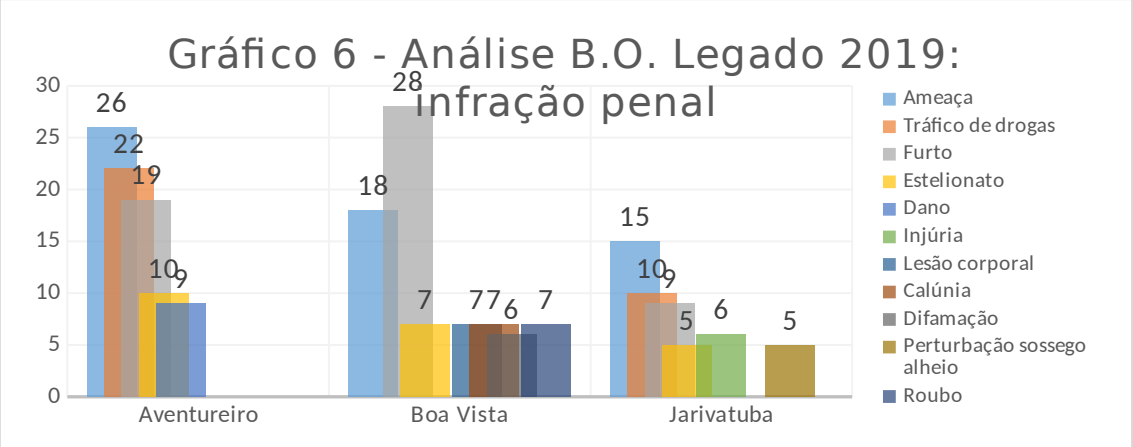
Ainda, importante lembrar que ocorreram diversas situações, porém consideradas efêmeras para a presente análise, contando com número muito reduzido e repetido de comunicações.

Adiante, quanto às infrações penais (contemplando ilícitos do Código Penal, Lei das Contravenções Penais e do Código de Trânsito Brasileiro), segue tabelas gráficas para comparação, no mesmo ano, entre planilha Legado (*gráfico 4*) e Integrada:



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

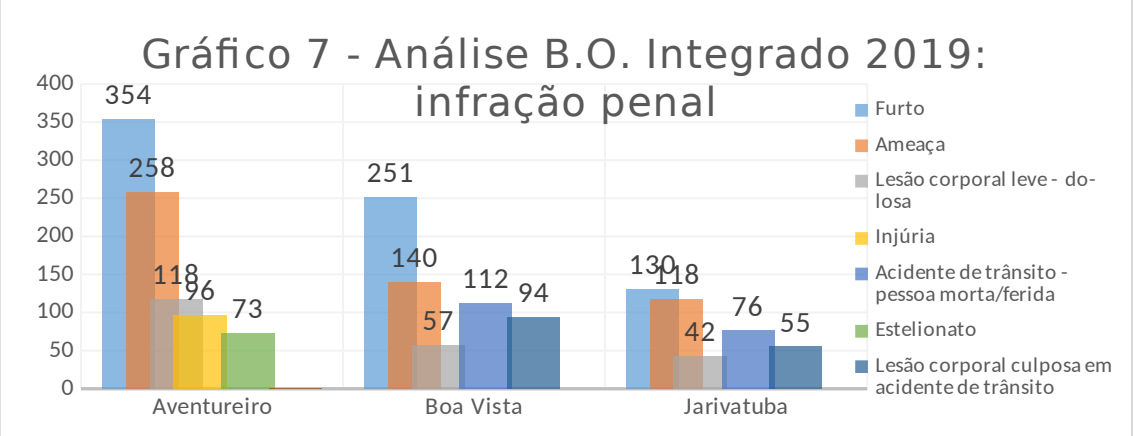
Quando da compilação individual (*gráfico 4*), possível observar, desde já, elevado número em cada espécie de infração, demonstrando um bom funcionamento desse sistema.



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

Já quando do início da movimentação do sistema integrado para infrações (*gráfico 5*), possível observar nitidamente o desnível em comparação ao sistema individual, não apenas em quantidade de vezes que determinada infração ocorreu, mas também quanto às variações de infrações. Ainda, não se sabe a origem dessa breve anotação, se civil ou militar, porém mostra-se ineficiente para um estudo preciso de segurança pública, revelando a necessidade de acompanhar o período de transição de sistemas de forma conjunta, sendo incapaz e inviável a análise apenas no novo sistema.

Seguindo, exame do ano de 2019 nas planilhas Legado e Integrado:

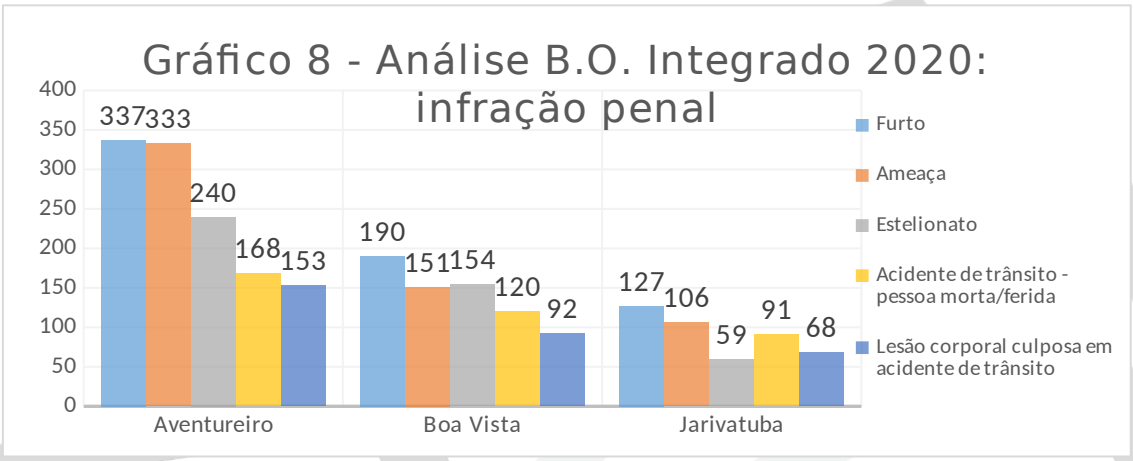


Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

Ao comparar o *gráfico 6* e o *gráfico 4*, ambos no método antigo (legado), e, tendo em mente ser o segundo ano da transição para o sistema integrado, percebe-se que decaiu expressivamente o uso daquele método, sugestionando que as anotações no sistema Integrado estariam sendo efetivas; no entanto, questiona-se o por que de ainda haver coleta de dados naquela modalidade, mesmo que em números pouco relevantes.

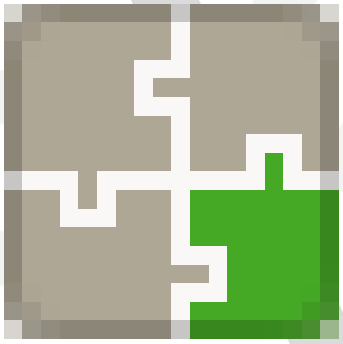
Indo além, persistir a coleta no Legado desperta um sentimento de confiança nos dados estatísticos apenas a partir do ano seguinte, 2020, onde já seria 100% compilação

integrada, porém, cabe observar as anotações de 2019 na modalidade Integrada – a seguir.



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

Contrariando a ideia levantada no parágrafo acima, os números sinalizados no *gráfico 7*, devidos a expressão no período de ano, demonstram credibilidade para estudo de segurança pública, se observados juntamente ao gráfico de ano de 2020 (*gráfico 8*) – onde houve compilação exclusiva pelo sistema Integrado, e se obteve resultado semelhante:



Fonte: Polícia Civil/SC, planilha Ocorrências Criminais.

Vencida a análise quanto ao sistema de registro, merece ainda destaque a observação de que no esquema individual da Polícia Civil as ocorrências eram muito bem divididas e específicas, por exemplo: furto: furto de bicicleta, furto de celular, furto a transeunte etc., ao passo em que no esquema conjunto há apenas a anotação genérica de furto – questiona-se a relevância da profundidade da anotação para fins de identificação do *outsider* para ampliar o desenvolvimento das políticas de segurança em cada bairro.

Por fim, entabula-se a efetiva compreensão dos dados de infrações penais no sentido de identificar um possível *outsider*. Assim, embora se tenha, à princípio, por *labelling approach*, que o cidadão que mais comete infrações penais seja o hipossuficiente, que aqui neste estudo é previamente marcado como morador da Zona Sul de Joinville – Jarivatuba, os gráficos revelam um maior ponto de criminalidade na

Zona Norte – Aventureiro, um bairro reconhecido como residencial, desmentindo o senso comum. Também, curioso notar que, embora abrigando três prédios policiais e um DIC, o bairro Boa Vista não se tem por intimidado, mantendo uma cultura de práticas criminosas de maneira considerável.

Ainda, quanto as espécies de infrações, foi possível notar que semelhantemente ao crime de furto, o crime de ameaça ocorre desenfreadamente, revelando nos bairros não só um perigo contra o patrimônio/bens, mas contra a liberdade individual, desmistificando o paradigma/conceito de estar em alerta apenas com a aparência, uma vez que, pelo *labelling approach*, o indivíduo capaz de cometer uma ameaça não é estereotipado tanto quanto aquele capaz de furtar.

3. TEORIA DOS *OUTSIDERS* COMO EXPLICAÇÃO PARA OS DADOS OBTIDOS

3.1 Desvio e *outsider* dos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba à luz da criminologia crítica

A obra de Howard Saul Becker (2019) ensina sobre comportamentos desviantes, esclarecendo o que seria um desvio, quem o faz, quem o estabelece e a importância da reação social. Inicialmente, identifica a principal noção de desviante, imputando-lhe o nome de *outsider*, definido como infrator à regra imposta por um grupo social e separa o grande grupo em infratores de regras e criadores de regras, sendo que o primeiro existe em razão do segundo, porque ao criar regras, todos que a contrariam, serão desviantes. No entanto, na perspectiva do desviante, ele só é um [desviante] porque alguém delimitou seu comportamento.

Acerca da criação de regras é preciso ter em mente que uma sociedade é composta por diversos grupos, cada um com suas próprias convicções, ideias, diretrizes e motivações e o autor (2019, p.29) frisa que “à medida que as regras de vários grupos se entrechocam e contradizem, haverá desacordo quanto ao tipo de comportamento apropriado em qualquer situação dada”. Nesse primeiro momento, ao costurar as ideias iniciais do livro com o caso concreto objeto desse estudo, fica claro que cada bairro pode ter comportamentos diferentes entre si, pois são parte de todo, além de terem, desde os seus surgimentos, valores e motivações distintos.

Ainda, com base nisso, outro estudo sobre a origem do *outsider* analisa famílias que se instalaram nas redondezas de uma mina para trabalhar (ELIAS, 2000) e ao decorrer dos anos, as famílias se reproduziram gerando novas gerações, e cada geração variou de comportamento em comparação às primeiras famílias de instalação na região. A partir dessa ideia, é possível argumentar que as primeiras famílias que ocuparam os bairros objeto desse artigo, também tiveram suas motivações e hábitos alterados ao decorrer dos anos com as reproduções, traduzindo em uma diversidade de hábitos considerados desviantes, criminais ou não.

Assim, analisando os dados das infrações criminais, é perceptível práticas reiteradas de furto e ameaça, demonstrando que, de um modo geral, nem sempre os grupos têm comportamentos gerais ou característicos tão divergentes entre si, já que os três bairros tiveram majoritariamente o mesmo resultado.

Essa camada grossa de infrações pode ser entendida com uma subcultura organizada, que na obra *Outsiders*, advém do sentimento de segurança que o infrator-primário (entendido como aquele que comete a infração pela primeira vez) tem ao se relacionar com infratores já envolvidos naquele comportamento. Já nos dados referentes

aos TCs, pode-se notar uma massa predominante e constante que perde documentos/objetos e se acidenta no trânsito, resultando apenas em danos materiais.

Com base nisso, *a priori*, pode-se dizer que os *outsiders*, de conduta atípica e típica, nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba, ocupando as primeiras posições nos gráficos, são aqueles que perdem documentos, se envolvem em acidentes de trânsito, furtam e ameaçam.

Porém, além dos comportamentos desviantes, tem-se o *outsider* a partir da reação social, ou seja, à medida e maneira que alguém reage ao desvio, tem o condão de transformar aquele ato em desviante, pois lhe é agressivo aos costumes e moral, sendo dividida em graus que dependem do quanto alguém se sente prejudicado por aquilo.

A partir do fator prejudicialidade, então, determinado comportamento, sendo criminoso ou não, pode ou não ser noticiado, inclusive para fins de estatística, a depender da reação social, porque uma vez que determinado comportamento é comum na região e faz parte dos hábitos daquela população, é provável que não seja reportado aos órgãos de segurança pública, resultando em uma falsa impressão de “normalidade” ou ainda de vivência dentro dos parâmetros da lei.

Ainda, no que diz respeito ao fator prejudicialidade na reação social, chama-se a atenção para as drogas, que poderiam servir de exemplo quanto a comunicação ou não às autoridades policiais: se uma comunidade tem por hábito o uso de drogas, provavelmente não haverá muitas comunicações a respeito, devido ao sentimento de não-prejudicialidade naquele meio pelo fato de ter sido tornado comum. Muito embora seja conhecida a popularidade e frequência de suas ocorrências, as drogas não compuseram os gráficos em razão de obedecerem a políticas específicas, sob orientação do SISNAD.

Por isso, a partir do estudo de análise de relatos antigos em alguns bairros, é possível identificar o desviante da comunidade e investir mais precisamente em políticas de segurança, incentivos contrários às condutas, patrulhamento e campanhas de influência. Além disso, é comum acontecer situações idênticas entre classes sociais diferentes e a reação a cada ocorrido ser diferente.

É sabido que o tratamento entre pessoas é, muitas vezes, diferenciado, em razão de suas classes, revelando que a aplicabilidade, por exemplo, da lei penal, ou da reação a uma infração cometida, não é uniforme, como percebe-se, por exemplo, na maior condenação de negros do que de brancos abordados com entorpecentes, sendo que os últimos os detinham maior quantidade (BARCELOS; DOMENICI, 2019).

3.1.1 Desvio: origem, neutralização e *labelling approach*

No tocante aos primeiros passos de uma conduta desviante percebe-se, por vezes, a ausência de uma motivação específica para tal, portanto, questiona por que alguns indivíduos não cometem determinadas atitudes, mesmo as conhecendo como desviantes e entende pela existência de um sentimento de compromisso que atua como fator determinante para condutas em geral, sendo o pivô para praticar algo ou não, respaldado no quanto aquela pessoa considera seus compromissos e cogita tomar um caminho contrário à sua moral e costumes, ao passo em que tenta neutralizar a culpa interior por saber que está burlando seus próprios princípios.

A fim de atenuar o efeito do ato desviante, existe o processo de neutralização, que pode ser feito através de um caminho alternativo, que permita a realização da conduta sem um ataque frontal às normas, traduzindo, por exemplo, no crime de ameaça feito com palavras sutis – a ameaça está configurada, porém sem ser escancarada; ou por averiguar as consequências do comportamento; ou como um sentimento de vingança,

justificando sua conduta desalinhada, ou ainda, desmoralizando aqueles que condenam e julgam, que o fazem por também serem desviantes. Essas táticas, no entanto, podem servir como uma chave para o fortalecimento daqueles comportamentos, pois ao atenuar o efeito, soa como diferente da regra, mas sem burlá-la, atraindo mais indivíduos àquele comportamento.

Assim, uma vez fortalecida a conduta desviante, torna-se um desviante estável e ao ser pego no flagra é rotulado publicamente como tal, o que o faz adaptar-se a sua nova imagem para de fato corresponder a ela. Impelido a um novo comportamento, esses indivíduos vulneráveis procuram grupos formados por pessoas de conduta semelhante, a fim de ali justificar seu comportamento e não mais se sentirem excluídos, pelo contrário, estimulando uns aos outros e ainda dando ênfase à uma ideologia neutralizante que passa segurança aos próximos novos “membros” do círculo desviante.

Assim, pode-se entender o vulnerável como esse que se sente confortável junto aos outros desviantes, pois se sente bem-vindo com aqueles que tem os mesmos hábitos, de modo que, trazendo ao caso concreto, poderia se dizer que são os indivíduos que compõem a grande massa nos três bairros nos três anos, quanto às infrações penais: praticantes de ameaça e furto.

Porém, quanto ao rotulador, entende-se que ao agir pontuando o desvio e qualificando um terceiro, o faz como uma ferramenta de segurança/proteção, pois ao criar uma etiqueta para o comportamento não aprazível consegue identificá-lo mais facilmente e evitá-lo. No entanto, é de se questionar se ao usar do *labelling approach*, é possível, realmente, rotular o indivíduo que comete crimes de baixa periculosidade, tais como a ameaça, furto, estelionato e acidente de trânsito com resultado morte.

A partir dessa reflexão revela-se a importância de estudar a prática, por meio de dados, para aprimorar políticas criminais e consequentemente a segurança pública.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Durante a ministração das aulas de Criminologia, sobre o tema *outsiders*, surgiram questionamentos a respeito da pessoa desviante. Nesse sentido, adveio a ideia geral do tema juntamente com a necessidade de usar dados públicos. Em aprofundamento com a Orientadora deste artigo, foi delimitado o tema sobre segurança pública, dados estatísticos e *outsiders*.

Durante o segundo semestre de 2020, por intermédio de contato telefônico em razão ao distanciamento social oriundo da pandemia do Covid-19, foi questionado nas delegacias de Joinville o acesso às ocorrências compiladas pelos órgãos de segurança pública, sendo, por fim, concedidas pela 02ª Delegacia Regional de Polícia de Joinville via *e*-mail, após prévio protocolo na Ouvidoria do Estado de Santa Catarina.

Dessa maneira, buscou-se desvelar o *outsider* mediante o refinamento das anotações de todas as ocorrências atendidas na cidade nos anos de 2018 a 2020 nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba, que foram selecionados a partir de suas regiões, sendo o primeiro mais ao norte, em seguida ao centro/leste e por último na zona sul, da cidade de Joinville e o cruzamento de dados públicos produzidos pelos órgãos de gestão da segurança pública e pela Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável (SEPUD) de Joinville.

Assim, a partir do contato com a referida Delegacia de Polícia, foi filtrado nas planilhas recebidas, uma intitulada “B.O. Legado”, contendo as anotações individuais da Polícia Civil nos anos de 2018 e meados de 2019, e outra intitulada “B.O. Integrado”,

contendo o novo e atual método de compilação de ocorrências do órgão, com anotações da Polícia Civil e Militar, desde 2018 a 2020.

Dentre mais de 150 mil dados, colheu-se apenas os de cada bairro, restando então 70 dados no Aventureiro, 41 no Boa Vista e 28 no Jarivatuba na planilha “B.O. Legado” e 6.412, 4.003, 2.424, respectivamente, na “B.O. Integrado”. Em seguida, foram escolhidos para ser objeto de estudo as 5 ocorrências mais repetidas em cada bairro, tanto para TCs (termo usado aqui como qualquer ocorrência não criminal) e infrações penais (englobando ilícitos do Código Penal, Lei de Contravenções Penais e Código de Trânsito Brasileiro).

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Henriques e Medeiros (2017), pesquisas que tratem de complexidade, singularidade, imprevisibilidade e originalidade das relações interpessoais e sociais requisitam outros métodos que não a quantificação, mas métodos mais relacionados com a interpretação valorizando aspectos qualitativos. Também, Lakatos e Marconi (2017) relatam que para a elaboração de uma pesquisa qualitativa é necessário construir hipóteses para explicar o problema, definir o campo e recolher os dados para então analisá-los – sendo exatamente o objetivo da investigação realizada.

Ainda, a pesquisa é do tipo documental, onde, além de livros e artigos científicos, foram analisadas as referências a respeito do assunto em documento público, fornecidas pela Ouvidoria do estado de Santa Catarina. A respeito disso, Henriques e Medeiros (2017, p.107) afirmam ser uma pesquisa “em geral, descritiva ou explicativa, requerendo, portanto, um problema mais claro, preciso e específico”. E, com base em Lakatos e Marconi (2019) destaca-se a utilização de arquivos particulares, oriundos de instituições públicas colhedores de dados de criminalidade, permitindo o manuseio dos dados estatísticos para a verificação de teoria social.

Nesse sentido, o método é indutivo, já que nesse raciocínio “a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta. As constatações particulares levam à elaboração de generalizações. [...]” (MATIAS-PEREIRA, 2019, p.48), visto que, como ensina Lakatos e Marconi (2017, p.41) “o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se baseiam”, adequando-se ao estudo.

Também, a pesquisa é descritiva, que como explicado por Lakatos e Marconi (2017), trata de nível de criminalidade, atendimento de serviços públicos, bem como de segurança, e nesse sentido, a descrição analisa, desconstrói ou reconstrói conceitos que iluminarão discussões sobre muitos assuntos (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019) e assim atende ao objetivo geral deste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho problematizou a possibilidade de mobilizar dados estatísticos produzidos pela Polícia Civil e Militar para produzir ou reproduzir o estereótipo do *outsider* nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba. Assim, questionou-se o quanto esses dados demonstram a atuação das polícias nos bairros, usando da criminologia crítica como suporte na interpretação dos gráficos para desmistificar o sujeito considerado desviante, nos últimos 3 anos, nos referidos bairros.

Ao trazer um breve contexto de cada um dos bairros, buscou-se entender quais seriam as condutas desviantes de maior incidência em cada região. Ainda, quanto à análise da segurança pública de um modo geral na cidade, ao colher a quantidade de

agentes lotados e órgãos espalhados pelo município, buscou-se entender o campo de atuação da Segurança Pública.

Em contrapartida, no que diz respeito aos dados, inevitável foi discorrer sobre os métodos de compilação e o curto momento de turbulência enfrentado em razão da sua transição de método utilizado pela Polícia. Ao não definir uma data determinada para a substituição, o período de mesclagem demonstrou números expressivamente baixos de anotações realizadas. Porém, firmado o atual sistema de compilação, a diversidade e quantidade de ocorrências foram retomadas estatisticamente.

Ainda, durante o momento de análise, extraiu-se, tanto dos grupos de TCs quanto do de infrações penais, os acontecimentos mais repetidos nos três anos, sendo (i) perda de documentos/objetos, (ii) acidente de trânsito com danos materiais, (iii) furto e (iv) ameaça, respectivamente.

Porém, ao cruzar os dados com a interpretação da criminologia crítica - levando em conta nesse momento apenas as infrações penais - pôde-se entender os indivíduos que comentem furto e ameaça como vulneráveis, pois, devido à expressividade [de cometimentos], de acordo com a obra-base de Becker, notou-se que, como uma maneira de neutralizar seus comportamentos eles buscam refúgio em grupos que os aceitem – grupos com os mesmos comportamentos. Isso, por sua vez, gera em uma subcultura fortalecida de desviantes - furtadores e ameaçadores.

Dessa maneira, segundo os ensinamentos da obra *Outsiders* de Becker, foi possível trazer uma base de explicação para a atitude de desviar e compreender como a reação social tem capacidade de etiquetar as pessoas, resultando em condição/fator para aceitar ou denunciar o ocorrido.

No mesmo entendimento, retoma-se a citação de Shecaira quanto às comunicações, mostrando que os que se envolvem em fatos delituosos, em entendimento ampliado: aqueles que de fato se envolvem e aqueles que estão de alguma maneira envolvidos com pessoas que praticam fatos delituosos, não se sentem à vontade para dar entrevista – interrogatório, testemunhar, comunicar às autoridades, prejudicando a entabulação de dados.

Por fim, atingido o objetivo pontual desse estudo, de produzir ou reproduzir o estereótipo do *outsider* nos bairros Aventureiro, Boa Vista e Jarivatuba, não se esgotou o potencial deste artigo sobre o desenvolvimento de segurança pública na cidade, que poderá ser abordado em novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Iuris; DOMENICI, Thiago. Negros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas apreendidas. **Exame**, 07 maio 2019. Disponível em: https://exame.com/brasil/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/. Acesso em: 27 set. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. 256 p.

BARREIRAS, Mariana Barros. Controle Social X Controle Informal. *In:* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. cap. 16, p. 321-334.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. Não paginado.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2 – parte especial: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590265. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590265/. Acesso em: 28 abril 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 – parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555593273. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593273/. Acesso em: 28 abril 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Panorama de Joinville**. Disponível em: https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/joinville/panorama. Acesso em: 21 abril 2021.

POLÍCIA CIVIL/SC. **Planilha ocorrências criminais**. Destinatário: Mayrene Yamê de Oliveira Vicente, 05 jan. 2021. 1 mensagem eletrônica.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L.. **Os Estabelecidos e os *Outsiders***. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. Disponível em: Os Estabelecidos e os Outsiders - Norbert Elias e John L. Scotson.pdf. Acesso em: 19 maio 2021. PDF

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica da pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760. Acesso em: 21 nov. 2020.

JOINVILLE. Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável de Joinville. **Joinville Bairro a Bairro 2017**. Joinville: Prefeitura Municipal, 2017. Disponível em: Joinville-Bairro-a-Bairro-2017.pdf. Acesso em: 12 abril 2021.

JOINVILLE. Secretaria de Planejamento Urbano e Desenvolvimento Sustentável de Joinville. **Joinville Cidade em Dados 2018 – Ambiente Construído**. Joinville: Prefeitura Municipal, 2018. Disponível em: Joinville-Cidade-em-Dados-2018-Ambiente-Construído.pdf. Acesso em: 12 abril 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011845/. Acesso em: 21 nov. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/. Acesso em: 28 nov. 2020.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/. Acesso em: 21 nov. 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/. Acesso em: 27 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme. **A intervenção mínima no âmbito penal e o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: https://guilhermenucci.com.br/intervencao-minima-ambito-penal-e-o-estado-democratico-de-direito-2/. Acesso em: 14 nov. 2020.

OLIVEIRA, Bruna Fróes de; TEODORO, Frediano José Momesso. **Órgãos de Segurança, seletividade penal e estado de exceção: uma análise crítica**, v. 148/2018, p. 373-394, 2018. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 05 set. 2020.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado de Segurança Pública. **Assessoria de Gabinete para Segurança Cidadã – AGASC**. Mapa dos CONSEGS. Disponível em: Mapa CONSEGs (ssp.sc.gov.br). Acesso em: 12 abril 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Não paginado.

SILVA, Carmen Lúcia da. Interacionismo Simbólico: história, pressupostos e relação professor e aluno; suas implicações. **Revista Educação por Escrito – PUCRS**, v.3, n.2, p.3, 2012. ISSN: 2179-8435. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/porescrito/article/view/11243. Acesso em: 06 out. 2020.

PIERANGEL, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

EXTERMÍNIO E ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO JOVEM NEGRA FRENTE À LEI Nº 11.343/06

Natália Wierges de Freitas[1]

Resumo: O exposto artigo visa analisar políticas de drogas existentes no Brasil que contribuem para o encarceramento e extermínio em massa. O tema é importante, pois o país enfrenta um grande desafio no combate às drogas. Por conta da política de repressão, os registros de encarceramento e mortalidade de corpos negros sofreram um aumento substancial. Explicitando um conceito crítico da política proibicionista de drogas, adentrando na Lei Nº 11.343/06 e discutindo as falhas da legislação que resultam na criminalização de corpos negros. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com o nível de aprofundamento descritivo. Os resultados da pesquisa demonstram que as medidas de coibição ao tráfico são seletivas.

Palavras-chave: Necropolítica. Tráfico de Drogas. Juventude Negra. Lei º 11.343/06.

INTRODUÇÃO

Por meio de um viés analítico é de extrema importância discutir os impactos da atual política de drogas no país, visto que quanto mais entrar em pauta, mais será acolhido para futuras evoluções na esfera da segurança pública. O tráfico de entorpecentes nem sempre existiu, afinal houve um tempo em que as drogas eram livremente produzidas, comercializadas e consumidas (QUEIROZ; LOPES, 2018).

O atual amparo para punições e tratamentos relacionadas às drogas no país é por meio da Lei 11.343/2006, que foi sancionada a fim de buscar a coibição do seu comércio e de dar apoio aos que fazem o uso de entorpecentes ilícitos, promovendo centros de tratamentos e sua ressocialização. Políticas de segurança públicas e leis que regulam o assunto devem trazer proteção para sociedade num todo, com a finalidade de que seja eficaz, protetora e traga amparo para todas as classes sociais e raciais e em todos os âmbitos que for aplicada. O que é disposto na teoria precisa se ater totalmente na prática.

O filósofo camaronês Achille Mbembe faz uma retórica na história e nas diversas filosofias de Michel Foucault para descrever um conceito de necropolítica. Como o biopoder que se exerce sobre o corpo do outro, em que o Estado tem autoridade para escolher quem deve viver e quem morrer. A política da morte, que se utiliza de uma má administração governamental para exterminar jovens negros (MBEMBE, 2018).

Diante do atual cenário de políticas de segurança pública imposta pelo Estado no país, os números tiveram um aumento substancial em relação as mortes de determinados grupos sociais, os jovens e negros, a cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras (Ipea, 2017).

O cenário é ainda pior quando se fala em combate às drogas dentro de centros urbanos periféricos, onde jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra. Os negros respondem por 78,9% dos indivíduos pertencentes ao grupo dos 10% com mais chances de serem vítimas fatais (CERQUEIRA; COELHO 2017).

O principal problema não está na produção e no consumo de drogas no geral, mas na irracionalidade na manifestação da guerra às drogas e na violência desnecessária que resulta essa política proibicionista, um genocídio em massa. A proibição do comércio de drogas é a maneira mais trágica e desastrosa de administrar o problema (QUEIROZ; LOPES 2018).

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade UNIVILLE-Joinville. E-mail: nataliawierges@hotmail.com

Tendo em vista essa perspectiva, na prática o que ocorre é o extermínio de um povo negro, pobre e estigmatizado que entra em ação dando espaço ao genocídio que se instaura em periferias nas grandes cidades do país. A política criminal do combate às drogas é a maior responsável pela criminalização e pelo extermínio de jovens pobres e negros no Brasil, esses jovens são vistos pela classe oposta como um inimigo (ARGÜELLO, 2018).

Os confrontos são realizados especificamente em comunidades carentes na mira de armas pesadas, as favelas são vistas como centros caóticos e produtores de violência. A política de enfrentamento as drogas têm como estratégia um cenário alvo, afetando somente as regiões periféricas dos centros urbanos, onde pessoas das periferias acabam sendo expostas à violência diária tendo seus direitos básicos violados (Ipea, 2018).

Na atual sociedade acredita-se que apenas determinadas classes sociais são criminosas, quando na verdade o crime independe dessa questão, ele está presente em todas as classes. Notadamente, no que compete ao tráfico, pois as drogas ilícitas vagam por diversas classes, mas a seletividade não atinge grupos opostos (DINU; MELLO, 2017).

1. NECROPOLÍTICA E A GUERRA ÀS DROGAS

Para que haja controle e poder é preciso que se gere guerra e se desenvolva o caos. Segundo Mbembe, (2003, p. 6), “a guerra, afinal, é tanto um meio de alcançar a soberania como uma forma de exercer o direito de matar”. O que se busca pelo Estado brasileiro é justamente ao contrário do que se insere na carta magna de 1988. A política de combate às drogas imposta pelo governo, na prática, considerada um extermínio pelos resultados desastrosos, não garante direitos e, muito menos garantia à vida. Para Mbembe, (2003, p. 41), “a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é ‘descartável’ e quem não é”.

É o que se define por uma política da morte, onde se configura que o próprio Estado decide quem deve morrer e quem deve viver, isso é exatamente o que fica explícito na guerra às drogas no Brasil. Há, portanto, um poder estatal sobre essa massa que se pretende punir e extinguir como solução para acabar com o tráfico nos grandes centros periféricos. Alves (2011, p. 119) aduz que,

> a noção de necropolítica desenvolvida por Mbembe, ainda que utilizada em outro contexto, nos parece mais apropriada para dar conta da experiência de negros e negras em seus encontros mortais com o Estado porque tal noção explicita os limites das tecnologias de governamentalidade neoliberal em lidar com as dinâmicas espaciais urbanas em sociedades estruturadas na dominação racial.

Desta forma, o estímulo por uma factível solução por parte da sociedade não estigmatizada também acrescenta e empodera um extermínio social seletivo, com o Estado tornando-se o maior responsável pela criminalização e aniquilação de jovens negros e pobres. Com a política de segurança pública que apenas gera segurança para determinada classe racial e social. O sistema capitalista é realizado com base na distribuição incompatível de meios para o ser humano viver. Mas essa lógica sempre esteve presente, o sistema sempre operou de forma que um vale mais que o outro (MBEMBE, 2003).

O tráfico de drogas é norteado por vários setores sociais, mas aquele que mais sofre com sua repressão é, sem dúvidas, a parte mais vulnerável. Segundo Dinu e Mello,

(2017, p. 199), “a grande questão é que, nessa guerra, os mais afetados são as populações marginalizadas, que passam a ter de suportar o controle ferrenho do Estado policial e de suas normas penais”.

A necropolítica de drogas é a política da morte decorrente do combate às drogas e está atrelada ao extermínio exacerbado de povos negros periféricos, que por meio de um Estado seletivo se utiliza também da mídia para fortalecer suas imposições e seus conceitos sobre quem e o que é violência. Para Argüello (2018, p. 173), essa situação é explícita uma vez que,

> no Brasil, a política de ‘guerra às drogas’ – instrumentalização pelo *racismo de Estado,* com suporte da mídia e da opinião pública- estabelece quem deve viver e quem deve morrer. As operações violentas contra a população pobre e negra ocasionam o genocídio e configuram a atual *necropolítica* de segurança pública. (grifo do autor)

Isso é, na guerra às drogas, somente os negros estão sujeitos às práticas violentas de combate, o que resultaria em escândalo caso essa guerra ocorresse em bairros de brancos e classe média. No enfrentamento de entorpecentes, o inimigo a ser abatido é definido racialmente (ALEXANDER, 2018). Para Argüello (2018) vale observar que são diversos os prejuízos à vida, isto porque as mortes relacionadas ao combate do tráfico nas periferias das grandes metrópoles não atingem somente a população pobre e negra estigmatizada, mas também os próprios agentes de segurança pública que enfrentam a batalha para coibir a comercialização das drogas,

> na guerra às drogas há o confronto entre traficantes e policiais e entre grupos de traficantes entre si (uma vez que, por se tratar de venda de substâncias ilícitas, não há possibilidade de solução de conflitos pela via legal). Morrem traficantes, policiais (por sinal, extraídos da mesma classe social dos traficantes) e as ‘vítimas do acaso’ são contabilizadas como danos colaterais da ‘guerra às drogas’ (ARGÜELLO, 2018, p. 143).

O sistema de encarceramento opera perfeitamente aos olhos de uma sociedade branca e privilegiada, aprisionando negros como uma forma de tentativa de extermínio de sua raça, retirando-os de sua normalidade e depois os largando sem condições mínimas para poder se reerguer. A guerra às drogas, sem dúvidas é criada para operar nesse contexto (ALEXANDER, 2018).

1.1 A Criminalização da Pobreza e o Racismo

Com o fim da escravidão no Brasil no ano de 1888, muitos escravos declarados livres ficaram sem a menor assistência econômica e sem moradia. Pouco se fez para que eles tivessem o mínimo digno para recomeçar suas vidas e mesmo assim muitos tiveram que construir suas casas onde puderam, o que acabou desencadeando as primeiras favelas. Foi neste único e possível cenário que muitos negros buscaram por oportunidades de trabalho e moradia (GOLDEMBERG, 1993).

Essas condições históricas, culminaram em uma perseguição que é sentida ainda no cenário atual. Segundo Coelho e Cerqueira, (2017, p.7):

> naturalizou-se o homicídio no Brasil. O último dado oficial disponível, de 2014, era de 60.474 mortes. Levando-se em conta os homicídios ocultos naquele ano, já atingimos a astronômica marca de 68.430 pessoas assassinadas no país. É uma tragédia nacional que veio ganhando musculatura nas últimas três décadas.

> Contudo, essas mortes violentas não vitimizam uniformemente a população em geral, mas atingem, sobretudo, os jovens, negros e com baixa escolaridade.

Numa desarmonia social histórica, o que fica incontestável é que a raça continua sendo um fator político considerável para justificar as desigualdades e as atrocidades cometidas contra aqueles grupos sociologicamente considerados minoria (ALMEIDA, 2018).

Não obstante, é evidente que existe um norte para ansiar incriminar a minoria por meio da raça, segundo Almeida, (2018, p.16), "o racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para as formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea". Por conseguinte, esses grupos estigmatizados começaram a ser vistos como perigosos pela sociedade e que deveriam ser rapidamente neutralizadas e extintos. Nesse sentindo, é o que relata Argüello (2018, p. 169):

> mediante o discurso da periculosidade atualiza-se a noção de que para que uns (os inocentes, os cidadãos de bem) possam viver, outros (aqueles que incomodam os perigosos) devem ser neutralizados com menos custo (o que pode muito bem ser o menos custo das eliminações sumárias realizadas no cotidiano do funcionamento do sistema penal subterrâneo). Mas como é construída a imagem do ser perigoso na atualidade, diante da 'guerra às drogas'? É construída com o estereótipo do jovem, negro e pobre que realiza o tráfico varejista, que é identificado como inimigo.

O racismo, neste caso, é presente e é estrutural. Trata-se da estigmatização e da seletividade penal que contribuí para esta aversão racial. O que tem contribuído demasiadamente para que as ações policiais organizadas pelo Estado, sejam aceitáveis aos olhos de brancos e privilegiados.

Como preceitua Almeida (2018, p. 27),

> podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.

Com isso, é visível a forma como essa parte da população é taxada pelo Estado, ou seja, como inimiga e perigosa, que não possui privilégio algum, mas sim desvantagem frente aos brancos de outras classes sociais. As taxas alarmantes de violência contra negros no Brasil nos últimos tempos nada mais é do que um genocídio protagonizado pelo sistema penal (ARGÜELLO, 2018).

Importante salientar que o uso de drogas não está relacionado à raça e condições sociais, pois o uso e o tráfico ocorrem em ambas as classes. Entretanto, há drogas como o crack que afetam somente determinada parte da sociedade, principalmente aquelas excluídas socialmente. Como relata Szabó e Clemente, (2017, p. 170),

> a pesquisa nacional sobre o uso de crack no Brasil estima existirem 370 mil usuários nas capitais brasileiras, número alto [...] a situação desses usuários é de fragilidade. São pessoas marginalizadas, que não tiveram acesso às políticas públicas de inclusão social das últimas décadas. É expressiva a proporção de usuários de rua – cerca de 40%.

Nesses casos, há bastante desinformação, pois estes usuários acabam sendo marginalizados e presos apenas pelo mero uso da droga, ou até mesmo, forçados a ir

para um centro de internação, como se fossem incapazes de ter discernimento e saber o que querem fazer (SZABÓ; CLEMENTE, 2017).

2. EXTERMÍNIO E ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA FRENTE À LEI 11.343/06

A pesquisa recentemente realizada pelo Ipea no Atlas de Violência mostra que no ano de 2017, 75,5% das vítimas de homicídios no Brasil eram negras e que de 2007 a 2017, a taxa de homicídios de negros teve um crescimento de 33,1%. (Ipea, 2019).

Mesmo após a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) ser sancionada, o número de pessoas presas não reduziu, pelo contrário, é o que mostra uma pesquisa realizada pelo INFOPEN em 2016, evidenciando que o Brasil chegou a se tornar o 3º país que mais encarcerava no mundo.

A lei supracitada mostra ter como objetivo impedir o mercado de entorpecentes ilícitos no país e enfraquecer as organizações criminosas por trás do tráfico. Como demonstrado pelo INFOPEN por meio de dados apontados no ano de 2016, essa ideia não funciona na prática, pois o encarceramento só cresce a cada ano dando margem para que pessoas já relacionadas a facções ou mesmo de fora entrem e fortaleçam ainda mais tais entidades. Consequentemente, é categórico afirmar que os confrontos, no qual o Estado é protagonista, acabam acarretando milhares de mortes e cooperando para o crescimento do encarceramento em massa. 62% das pessoas incluídas neste encarceramento são negras, segundo uma estatística do Ministério da Justiça em 2014.

Além do mais, com a Lei de Drogas nº 11.343/2006, em seu art. 28º, § 2º, é possível verificar que não se diferencia o usuário do traficante pela conduta, mas, sim pela interpretação da situação e do lugar de onde a droga foi encontrada. Uma vez que a destinação de consumo precisará atender:

> Art. 28, § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006).

Desta forma, abre-se espaço para que a própria polícia ao deflagrar a situação, decida sobre o destino daquele que for abordado, sem critérios específicos, relativamente a quantidade significativa para configurar o tráfico ou local, condições pessoais e sociais. No entanto, não há critérios concretos fixados para caracterizar e diferenciar um usuário de um traficante, o Estado não deve decidir o destino de alguém que comporte drogas para consumo pessoal com o mesmo rigor penal de alguém que esteja traficando a droga. Ressalta-se que a devida comprovação do crime de tráfico dependerá do flagrante registrado (QUEIROZ; LOPES, 2018).

Destarte, é importante ressaltar a necessidade de discussão do tema referente a diferenciação do crime de tráfico para a contravenção do uso de drogas, inibindo lacunas sem que o Estado cada vez mais puna e criminalize pessoas por suas condições sociais e raciais.

Em conformidade com pesquisas realizadas nessa seara detectaram que a maioria das pessoas que estão encarceradas são jovens pobres e negros, que foram pegos em flagrante portando uma quantidade de drogas baixíssima, mas que acabaram sendo penalizados por tráfico (FIORE, 2012).

De acordo com o Boletim de Análise Político-Institucional do Ipea em 2018,

> para alguns analistas do campo, a principal hipótese explicativa para este fenômeno é a falta de critérios objetivos, no texto da lei, para fins de distinção entre as condutas de porte de drogas para consumo pessoal e porte de drogas para fins de comercialização. Embora a lei indique que a quantidade de droga em poder do suspeito é um critério para esta distinção, ela própria não estabelece quais quantidades caracterizam uma ou outra conduta.

Neste cenário, fica nítido que o objetivo estatal é extinguir determinada classe social, estas que vivem dentro de complexos carentes nas grandes metrópoles. Aqueles que são selecionados pelo sistema acabam sofrendo as consequências severas de uma guerra que não tem propósito senão aniquilar e encarcerar a população pobre e negra.

Por fim, resta caracterizado o tratamento diferenciado ao qual pessoas não brancas e pobres são expostas, uma vez que a lei nº 11.343/2006 não define claramente e objetivamente o que configura o crime, fazendo com que o Estado decida o futuro daquele jovem que sofrerá consequências mais severas devido por suas condições sociais e raciais.

O ideal para que nenhuma imoderação ocorra no caso de consumo pessoal é que a lei, ou a jurisprudência estabeleçam critérios e fixem uma quantidade mínima determinando a condenação ou não de tráfico (QUEIROZ; LOPES, 2018).

2.1 Breve Análise das Consequências da Violência da Guerra às Drogas nas Favelas

No Boletim de Análise Político-Institucional realizado pelo Ipea em dezembro de 2018 resta demonstrado que:

> não é novidade que as favelas são vistas por parte da sociedade brasileira como territórios da precariedade e da carência, caóticos, violentos, que precisam ser controlados e reprimidos [...] os moradores das periferias ficam expostos à violência cotidiana derivada de operações ‘antidrogas’ e de disputas territoriais pelo controle do mercado ilegal.

No Rio de Janeiro, o confronto entre policiais que andam altamente armados e traficantes são frequentes dentro das favelas, isso retira o direito de ir e vir dos moradores, direitos como escola e acesso a saúde são violados frequentemente desde que essa guerra se instaurou. É necessário proteger esse direito e para isso também é preciso que haja paz (ZALUAR, 2019).

O uso e o tráfico dos entorpecentes circulam em diversos lugares, inclusive nas áreas mais nobres, mas somente dentro das comunidades carentes é que o combate a eles acontece, e são os próprios moradores que sentem na pele a violência cometida. Dados revelam que no Complexo da Maré no Rio de Janeiro, os investimentos são pesados em operações policiais, na tentativa de realizar o combate às drogas (Ipea, 2018).

Quando se fala no Estado do Rio de Janeiro, na história do combate ao tráfico de drogas, os dados de mortes relacionados a esse tipo de acontecimento são alarmantes. As ações de guerra impostas nas favelas causam milhares de fatalidades, e não só apenas para aqueles que moram, mas também aos policiais que nessa batalha persistem (OLERJ, 2018).

Dados levantados ainda no Complexo da Maré no Rio de Janeiro em 2017 revelam que a região virou zona de guerra, pois números substanciais de operações policiais foram realizados, deixando dezenas de feridos e outras dezenas que perderam suas vidas. Segundo o estudo do Ipea, (2018, p.109), “nesse mesmo ano, os confrontos

armados vitimaram 42 pessoas na Maré e deixaram mais 57 feridos; ao todo, foram 45 dias sem atividades nos postos de saúde da região e 35 dias em que as aulas foram suspensas".

Dentro das comunidades, é indubitável que existam traficantes que ali residem e efetuam o crime do tráfico. Isso acabou culminando em uma grande generalização do estereótipo dos moradores, que passaram a ser criminalizados pelas ações policiais simplesmente pelo fato de serem afrodescendentes e morarem na favela.

Acreditava-se que com a entrada das famosas UPP's (Unidade de Polícia Pacificadora) nas favelas, seriam reduzidas as ações de traficantes e por conseguinte, também a violência. Entretanto, isso não ocorreu, pois os traficantes continuavam a usufruir de suas técnicas e a polícia passou a ser mais ostensiva e utilizando armamentos pesados para tentar conter a ação dos traficantes, gerando tiroteio e violência rotineira para toda a comunidade (SILVA; MENEZES, 2019).

3. MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA E CRIMINALIZAÇÃO DA JUVENTUDE NEGRA E POBRE

As desigualdades entre classes raciais ainda são presentes no século vigente, os reflexos dos privilégios que brancos tem em relação aos negros são discrepantes e interferem em várias áreas promissoras e até em relação à criação de políticas públicas. Sem dúvidas os não brancos são os mais atingidos pela violência e o contraste social (DONATO, 2014).

Com a necessidade de se cientificar com o assunto que mais causa criminalização e violência nos grandes centros urbanos, começaram a surgir movimentos para debate. Surgiu, então, um grupo denominado Iniciativa Negra por Uma Nova Política de Drogas (INNPD), no qual jovens se reúnem para debater sobre novas políticas de drogas, buscando uma nova perspectiva para a comunidade. Acredita-se que para uma mudança na violência estrutural é necessário que haja voz do próprio povo que vive na pele a marginalização de sua raça e o terror da guerra às drogas (Ipea, 2018).

É de suma importância relembrar que no tocante as drogas, não são elas as principais fomentadoras desse desequilíbrio social, que cria rivalidade entre usuários, traficantes e policiais. O maior encarregado dessa condição de guerra e terror são as políticas de proibicionismo do próprio Estado (KARAM, 2009).

A política de guerra contra os entorpecentes continua movimentando bilhões em torno de países nos quais se insiste em uma repressão violenta para seu combate. Esse dinheiro circula legalmente por todo o mercado, mas as maiores vítimas do conflito continuam sendo as mais pobres e estigmatizadas (FIORE, 2012).

Partindo de uma questão territorial, seria importante fazer uma análise de onde e como as pessoas estigmatizadas são inseridas, pois a localidade pode interferir diretamente nas questões desiguais. É importante repensar numa maneira de reorganizar as cidades, para que elas sejam mais acessíveis dando direito à cidadania e ao direito de participação na política (ALVES, 2011).

Uma pesquisa realizada com jovens sobre vulnerabilidade social nas periferias, tendo como base suas conjunturas sociais, demonstrou que eles se veem bastante limitados em relação ao acesso a serviços mínimos sociais, devido à violência empregada na repressão contra às drogas nas favelas (OLIVEIRA, 2020).

Diversos fatores levam a entender o índice de criminalidade no país, mas ainda há que se tentar entender o percentual de pessoas negras e estigmatizadas que sofrem com

o sistema de segurança pública. Os negros tendem a serem vistos como pessoas violentas e perigosas, isso porque seu nível de riqueza é baixo em relação à população branca. Além disso, enfrentam inúmeras dificuldades de acesso ao emprego mercado de trabalho. (CERQUEIRA; COELHO, 2017).

Para melhor exemplificar a repercussão da guerra às drogas para a vida dos não brancos argumentam Böes e Amaral, (2019, p. 90):

> surgem três consequências diretas desta política de repressão às drogas: (a) a criação permanente de um subproletariado que exacerba socio espacialmente a exclusão, implicando o abandono do lugar e da sua população. Ademais, (b) por meio deste tipo de campanha naturaliza-se a nocividade de certos espaços, circunscrevendo 'falsamente ao próprio gueto um problema que tem raízes na divisão racial da política, da cidade e do Estado'. Por último, de fato, (c) a designação pejorativa e a perseguição contínua a este grupo marginalizado.

3.1 Acesso aos Direitos Fundamentais como Possível Solução

Fazendo uma breve análise na perspectiva histórica, relembra-se que a dificuldade para tornar a educação como prioridade uniforme sempre fez parte do país, como ensina Goldemberg (1993, p. 66),

> a pesada herança da escravidão tem conseqüências de longo prazo para a evolução do sistema educacional porque cria problemas específicos para a extensão do acesso à escola. De um lado, pelas mudanças de tradições, valores e hábitos exigidas de uma população para a qual a escola não faz parte da perspectiva normal de vida nem integra sua tradição cultural. De outro lado, pela resistência das elites tradicionais em estenderem a cidadania a escravos e ex-escravos e, portanto, pela dificuldade em aceitarem e promoverem o ideal da escolarização universal como fundamento das políticas públicas.

Na atualidade, a situação emerge nas comunidades carentes brasileiras, o olhar da sociedade deveria ser voltado para buscar uma mudança com investimentos fortes na educação, assim como preceitua a pesquisa do Ipea e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública no Atlas da violência (2017, p. 28),

> não se investe adequadamente na educação infantil (a fase mais importante do desenvolvimento humano). Relega-se à criança e ao jovem em condição de vulnerabilidade social um processo de crescimento pessoal sem a devida supervisão e orientação e uma escola de má qualidade, que não diz respeito aos interesses e valores desses indivíduos. [...] Enquanto isso, a sociedade, que segue marcada pelo temor e pela ânsia de vingança, parece clamar cada vez mais pela diminuição da idade de imputabilidade penal, pela truculência policial e pelo encarceramento em massa, que apenas dinamizam a criminalidade violenta, a um alto custo orçamentário, econômico e social.

Desse modo, destaca-se que é de suma importância a função de uma boa educação de base nas periferias, principalmente, quanto a se fazer questionar essa atual política de drogas que se insere nas comunidades carentes, apontando as suas consequências e trazendo os danos causados pela criminalização. É importante, inclusive, disponibilizar mais informações de forma correta, auxiliando e alertando sobre os efeitos e como lidar com as drogas no geral (KARAM, 2016).

Em um estudo realizado, com a entrevista de diversos jovens periféricos, muitos destacaram sua limitação no ingresso e na continuidade nos estudos, isso fez com que

muitos deles tivessem acesso ao caminho fácil do tráfico e das drogas, já que o amparo não poderia vir de outro lugar (OLIVEIRA, 2020).

O grande marco ainda presente na atualidade é a desigualdade social, pois a educação que deveria ser concretizada como um direito fundamental de todos passou a ser exibida como um bem de consumo. Neste atual modelo de sociedade, esses direitos são observados e utilizados somente por aqueles cuja cor da pele não apresenta nenhum receio (ALVES; VIDINHA; DIÓGENES, 2019).

As garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988 que buscam trazer diversos direitos básicos está cada vez mais incerta e desafiadora. Mas todos aqueles que não possuem amparo nesses direitos se distanciam cada vez mais da igualdade social e acabam vivenciando as piores discriminações (ALVES; VIDINHA; DIÓGENES, 2019).

É necessário que haja uma reforma em todos os âmbitos dos poderes do país para que se discuta além da questão das drogas, mirando também suas políticas de segurança pública simultaneamente. Falta coragem para encarar o desafio de lidar com a repressão dessa política falida (SZABÓ; CLEMENTE, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido ao aumento substancial de mortes relacionadas ao tráfico de entorpecentes no país, constata-se que tais fatalidades ocorrem apenas para determinadas classes sociais e raciais. Foi a partir da análise crítica em relação às políticas públicas de segurança, que se pôde observar como esta é totalmente seletiva, contendo avanços alarmantes de violência por meio da guerra às drogas empregada pelo Estado somente em centros periféricos. Em que pese a Lei de Drogas nº 11.343/2006 estabeleça as devidas penalidades e tratamento para usuários e traficantes, esta deixa de se atentar aos critérios específicos para uma penalização igualitária, restando insuficiente em seu objetivo.

No desdobramento do tema restou evidente a importância de uma política de segurança pública eficaz e justa, principalmente em um país como o Brasil onde os índices de violência por ações governamentais no combate ao tráfico nas favelas têm aumentado em níveis estratosféricos e tendem a afetar somente uma classe racial e social.

É notória a necessidade de discussão deste tema, visto que a desigualdade e o preconceito racial e social que invade há tempos o país é extremamente presente. A pesquisa realizada no site do INFOPEN demonstrou que o país teve um número de presos significativo nas cadeias, que 62% dos encarcerados eram negros, o que contribui para o extermínio dos não brancos.

O conceito de necropolítica trouxe visibilidade a este sistema de seletividade utilizado pelo governo. Trata-se de um problema com raízes históricas, pois os negros ainda levam consigo a marca de sua existência, mesmo após o fim de sua escravidão em 1888, continuaram a buscar uma forma para se inserirem na sociedade de um modo mais humanizado, mas as políticas criadas no país até hoje, têm feito com que eles continuem sendo perseguidos e exterminados.

A proteção da questão das drogas está na Lei de Drogas nº 11.343/2006, mas restou claro que vai muito além da penalização da conduta ilícita por meio da norma e que esta tende a criminalizar apenas determinados grupos. De acordo com os dados apontados pelo INFOPEN, dados revelaram que negros respondem por 78,9% dos

indivíduos pertencentes ao grupo dos 10% com mais chances de serem vítimas fatais e que a cada 100 pessoas que são mortas no Brasil 71 são negras, decorrente de ações policiais ao combate do tráfico de drogas em centros urbanos periféricos.

Este estudo alcançou seu objetivo, na medida em que se propôs a demonstrar as possíveis medidas para prevenir a violência e o extermínio da juventude negra e pobre decorrentes do combate ao tráfico, em especial, a atenção em políticas públicas voltadas a educação de base em comunidades carentes, pois tal medida, apesar de apresentar efeitos a longo prazo, trará mais resultados positivos do que a violência estatal.

Para prevenir a desigualdade racial e social, é de extrema relevância que se repense em formas de reorganizar os centros urbanos, para que estes contenham acessibilidade aos serviços sociais mínimos de qualidade, dando direito à cidadania e ao direito de participação em políticas.

Por fim, o Estado deve focar em drásticas mudanças nas medidas de segurança pública que visa o combate ao tráfico de drogas, visto que as atuais, como já visualizado não têm demonstrado grande eficácia social em seu objetivo. É indispensável que se dê visibilidade às comunidades que tem lidado com a violência diária para que haja conscientização da sociedade sobre a necessidade de mudança neste sistema.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Gilberta. ENTREVISTA MARIA LUCIA KARAM. **Revista Teias**, v. 17, n. 45, maio 2016. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/24607/17587 .

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Editora Boitempo, 2018. 489 p.

ALMEIDA, Silvio Luiz de**. O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018. 106 p.

ALVES, Jaime Amparo**.** Topografias Da Violência: Necropoder e Governamentalidade Espacial em São Paulo. **Revista Do Departamento De Geografia**, p. 1-27, novembro de 2011. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdg/article/view/47222

ALVES, Maria Dolores Fortes; VIDINHA, Marly do Socorro Peixoto; DIÓGENES, Elione Maria Nogueira. Educação e Dignidade: Construção Histórica de Garantias de Direitos?. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 13, set. 2019. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/jpe/article/view/63687/39498.

ARGUELLO, Katie. Guerra às drogas ou racismo de estado? **A necropolítica de segurança pública**. In: Criminologia contemporânea: crítica às estratégias de controle social. Helena Schiessl Cardoso, Leandro Gornicki Nunes, Luana de Carvalho Silva Gusso (organizadores). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. 232p.

BÖES, Guilherme Michelotto; AMARAL, Augusto Jobim do. Criminologia midiática e a campanha “Crack, nem pensar”: refletindo sobre a falta de pensamento. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, p. 1-33 apr. 2019. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62382/38402 .

Boletim de análise político-institucional 2018. **Política de drogas**.Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_18.pdf

BRASIL, **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad,** Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz (2017). Democracia Racial e Homicídios de Jovens Negros na Cidade Partida. **ipea**, Brasília, p. 1-44, janeiro de 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7383/1/td_2267.pdf.
DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. Passo Fundo: **Revista Brasileira de Direito**, p. 1-11, ago. 2017.

DONATO, Cássia Reis.Plano Juventude Viva – caminhos da política de prevenção à violência contra a juventude negra no Brasil/**SecretariaGeral da Presidência da República**. Brasília. 2014. Disponível em:https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/64/1/SNJ_juventude_viva_caminhos_2014.pdf.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. Novos estud. - **CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 9-21, Mar. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002.

GOLDEMBERG, José. O repensar da educação no Brasil. **Estud. av. São Paulo**, v. 7, n. 18, p. 1-137, agosto de 1993. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000200004&lng=en&nrm=iso.

Instituto de pesquisa econômica e apicada. Violência contra negros**.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784

Instituto de pesquisa econômica e aplicada. **Atlas da violência 2017.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf

Instituto de pesquisa econômica e aplicada. Do #vidasnasfavelasimportam ao #nóspornós: a juventude periférica no centro do debate sobre política de drogas**.** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8886/1/bapi_18_cap_12.pdf Acesso em: 10, abril, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. **Escritos sobre a liberdade**, p. 1-19, 2009.

MBEMBE, Achille, **Necropolítica**. **Biopoder, Soberania, Estado de exceção, Política da morte**. São Paulo: Editora N-1 Edições. Maio 2018. 40 p.

OLIVEIRA, Patrícia Carvalho de et al. “Sobrevivendo”: vulnerabilidade social vivenciada por adolescentes em uma periferia urbana. Interface, **Botucatu**, v. 24, abril, 2020.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832020000100233&lng=en&nrm=iso

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. – 2. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. 240 p.

SILVA, Luiz Antonio Machado da; MENEZES, Palloma Valle. (Des)Continuidades na Experiência de “Vida sob Cerco” e na “Sociabilidade Violenta”. Novos estud. **CEBRAP**, São Paulo, v. 38, n. 3, Dez. 2019. Disponivel em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002019000300529&lng=en&nrm=iso.

SZABÓ, Ilona; CLEMENTE, Isabel. **Drogas: as histórias que não te contaram.** 1º ed. Rio de Janeiro. 2017. 199 p.

Violência e intervenção policial — **Observatório Legislativo da Intervenção Federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro**. Disponível em:< http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/violencia-e-intervencao-policial>

ZALUAR, ALBA. Os medos na política de segurança pública. **Estud. av. São Paulo**, v. 33, n. 96. agosto de 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000200005&lng=en&nrm=iso>

PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA APLICADA À ASSEMBLEIA GERAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS: ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA LEI Nº 14.030, DE 28 DE JULHO DE 2020

Poliana Pedroso Bellato[1]

Resumo: A Lei das Sociedades Anônimas impõe uma série de requisitos para a constituição deste tipo societário, bem como sua manutenção, o que inclui a instalação da assembleia geral regularmente. Sendo essa um órgão essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais das companhias, fechadas ou abertas, merecendo atenção especial o capítulo XI da Lei 6.404/76. Recentemente em função da pandemia decorrente da Covid-19, as medidas impostas para tentar conter a disseminação do vírus, aceleraram a utilização de meios tecnológicos para garantir um contato seguro entre as pessoas. Neste viés, a Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020 veio justamente regular e oferecer alternativas para adaptar o rol de requisitos previstos nos artigos 121 a 124 da Lei 6.404/76, oferecendo entre as inovações a permissão da extensão de prazo para a realização da assembleia geral ordinária, de sete meses, contado do término do seu exercício social, bem como a possibilidade do acionista poder participar e votar de forma remota nas assembleias gerais. As práticas de governança corporativa que buscam padronizar e monitorar das atividades empresariais podem e devem ser aplicadas na convocação e instalação das assembleias gerais dentro das sociedades anônimas, visando garantir o atendimento dos princípios da transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e a responsabilidade corporativa.

Palavras-chave: Sociedade Anônima. Assembleia Geral. Direito societário. Governança Corporativa. Compliance.

INTRODUÇÃO

As sociedades anônimas são um dos tipos societários mais relevantes na economia brasileira, desempenhando papel importante no desenvolvimento econômico, social e político nos mercados onde atuam, em função da multiplicidade de empreendimentos e possibilidade de intercâmbio de conhecimentos e técnicas que promovem melhoria e inovação dos produtos e serviços oferecidos pelas mesmas.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), vigente há mais de 40 anos, regulamenta este tipo societário, e vem sendo alterada por legislações supervenientes que buscam atualizá-la permitindo sua exequibilidade, como pode-se inferir nas alterações, inclusões e/ou revogações promovidas pelo Decreto-Lei nº 1.978, de 21 de dezembro de 1982; Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989; Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, Lei nº 9.457, de 05 de maio de 1997; Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001; Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013; Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015; Lei nº 13.818, de 24 de abril de 2019; Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020 e a Medida Provisória nº 1.040, de 29 de março de 2021.

Entre tantas alterações na Lei das Sociedades Anônimas, este estudo busca analisar aquelas promovidas pela Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020, que dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020, alterando as Leis nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

A Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020, entre várias modificações, alterou o parágrafo único do artigo 121 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, permitindo

1. Advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 50.557; Pós graduada em Direito Civil e Empresarial; Pós graduanda em Prática de Direito Empresarial Avançada; Joinville-SC, e-mail: polianabellato@gmail.com

que as companhias fechadas também pudessem realizar suas assembleias a distância com a votação eletrônica, proporcionando solução para esse momento de restrições de contato físico entre as pessoas. Também estabeleceu a prorrogação de prazos para a realização de assembleia geral ordinária obrigatória e a possibilidade do acionista poder participar e votar a distância em assembleia geral, nos termos do regulamento da Comissão de Valores Mobiliários e do órgão competente do Poder Executivo Federal (art. 9º, Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020), entre outras modificações.

Frisa-se que a sociedade anônima é regulada por legislação específica que estabelece uma série de regulamentos e requisitos que visam impor a essa modalidade empresarial o dever de demonstrar sua conformidade e integridade do negócio publicamente à sociedade, investidores e parceiros comerciais.

A aplicação das práticas de governança corporativa visa justamente garantir que a gestão das atividades comerciais seja padronizada e frequentemente monitorada, objetivando a melhoria contínua do desempenho das organizações e demonstração de sua integridade. Tais práticas permitem o fácil acesso às informações do empreendimento e possibilitam a implementação de melhorias no modelo de gestão e o atendimento às questões regulatórias específicas ao tipo e ramo de atuação e as legais, sendo determinante para a proteção de forma equilibrada a todos envolvidos no empreendimento, prevalecendo o foco na perenidade e saúde financeira da companhia e a geração de riquezas para seus investidores e acionistas.

Os princípios básicos da governança corporativa são a transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e a responsabilidade corporativa, sendo norteadores totalmente alinhados às necessidades do dia a dia das organizações, e a adoção dessas práticas só trazem benefícios para as empresas que as utilizam, pois permitem demonstrar a integridade dos atos praticados pela companhia para todos os sujeitos interessados, tais como acionistas, conselho de administração, diretoria, órgãos fiscalizadores, funcionários, clientes, potenciais investidores, fornecedores, credores.

1. SOCIEDADE ANÔNIMA

As sociedades anônimas são um tipo de sociedade empresária, que valoriza o objeto social e busca oferecer proteção patrimonial aos seus acionistas, bastante relevante no desenvolvimento econômico brasileiro e no mundo, havendo estudos que demonstram seu surgimento, no formato próximo do atual, na Alemanha em 1892 (VIDO, 2017, p. 231-232).

Muitos autores apontam que as sociedades anônimas foram criadas com o mercantilismo dos séculos XVI e XVII em função das expedições náuticas que partiam da Europa para a Ásia e América em busca de riquezas e ampliação de poder econômico, territorial e político. Tais expedições demandavam a mobilização de grande capital, sendo a instituição da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais em 1602 considerado um momento notável relacionado a esse novo modelo societário, pois visava cumprir os objetivos de interesse público constituído por força de um privilégio concedido pelo Estado, bem como a proteção aos acionistas de que apenas seu investimento, e não seu patrimônio pessoal, seriam atingidos em caso de fracasso nestas empreitadas (MAMEDE, 2016, vol.2, p. 255).

No Brasil a primeira sociedade de ações foi fundada em 1649, com o consentimento da monarquia, sob a denominação Companhia Geral do Comércio do Brasil, e suas ações constantes em cartas se transformavam em valores mobiliários

circulantes no mercado. Em 1755 foi constituída a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão que denominava em seu estatuto os participantes como acionistas. O Banco do Brasil, primeiro banco público brasileiro foi criado em 1808 por meio de alvará pelo príncipe regente D. João VI (CAMPINHO, 2020, p.18-19), sendo a sociedade anônima brasileira mais longeva, seguindo representativa e ativa no mercado até os dias atuais (VIDO, 2017, 231-232).

O Decreto nº 575, promulgado em 10 de janeiro de 1849, é considerado o primeiro ato oficial que trata das sociedades anônimas, estabelecendo que o Poder Público obrigatoriamente deveria autorizar a incorporação ou aprovação dos estatutos sociais (ALMEIDA, 2016).

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas (LSA), vigente até os dias atuais, buscou fortalecer o mercado de capitais de risco do país, criando uma estrutura jurídica, sistemática e que promovesse segurança jurídica aos acionistas minoritários e investidores, definindo regras claras e equitativas (CAMPINHO, 2020, p.22-23), mantendo a regulamentação como regra, e estabelecendo que algumas atividades necessitam de autorização, como é o caso da captação de recursos públicos e a constituição de instituição financeira, por exemplo (VIDO, 2017, p. 232).

Além da legislação especial, as companhias ou sociedades anônimas também estão previstas no Código Civil brasileiro em seus artigos 1.088 e 1.089, que lhe é aplicado de forma supletiva nos casos omissos (COELHO, 2012, p. 2).

A constituição de uma sociedade anônima é complexa, pois em sua formação é necessário um conjunto de atos, estabelecidos em legislação especial, para a criação da instituição (CAMPINHO, 2020, p.32), devendo ser atendidos os requisitos preliminares previstos no artigo 80 da Lei nº 6.404/1976 que envolvem a subscrição, de pelo menos duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro[2]; e em se tratando de instituição financeira, a porcentagem sobe para 50%, nos termos do artigo 27 da Lei nº 4.595, de 1964 (COELHO, 2012, p. 226-227).

O estatuto social é ato de expressão coletiva da vontade de seus fundadores para criar uma instituição, devendo ser observadas todas as regras obrigatórias para sua constituição (COELHO, 2012, p. 32), não sendo o ato constitutivo da companhia em si, mas com a constituição da sociedade anônima, esta será regida pelo estatuto social (COELHO, 2012, p. 33). Além dos requisitos da constituição citados anteriormente, é necessário que sejam estabelecidas as regras orgânicas de funcionamento e disciplina das relações entre os acionistas não reguladas em lei (MAMEDE, 2016, vol. 2, p. 256).

A ata da Assembleia ou a certidão expedida junto com o estatuto social deverá ser registrada na Junta Comercial da cidade onde está localizada a sede da companhia, conforme estabelece o artigo 97 da Lei das Sociedades Anônimas, o que permitirá o início das atividades comerciais após o deferimento do referido órgão. Caso a empresa inicie suas atividades sem que o registro tenha sido devidamente deferido, a mesma será considerada irregular (VIDO, 2020, p. 237).

2. BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

A sociedade anônima é pessoa jurídica de direito privado, e se distingue das demais por possuir denominação própria, capital social, patrimônio e domicílio (FAZZIO JR., 2006, p. 232). Ademais, seu objeto, deve constar no estatuto social de forma precisa e completa, delimitando detalhadamente sua espécie e extensão da atividade empresarial que será desenvolvida, definindo desta forma a empresa ((FAZZIO JR., 2006, p. 234). Deve ter fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes[3].

A sociedade deverá ser designada por denominação acompanhada das expressões "companhia" ou "sociedade anônima", expressas por extenso ou abreviadamente, sendo vedada a utilização da expressão "Companhia" ou "Cia" ao final da razão social[4], conforme disposto no artigo 3º da Lei das Sociedades Anônimas, indicando claramente seu tipo societário (MAMEDE, 2016. p. 259).

O objeto social obrigatoriamente deve corresponder a uma atividade com fim lucrativo, com a previsão de que os resultados produzidos deverão ser distribuídos entre os acionistas, podendo haver uma atividade principal, que reflita o objeto essencial da sociedade, e uma ou mais atividades secundárias subordinadas à atividade principal, sendo que ambas atividades, principal e secundária, deverão constar no estatuto social (CAMPINHO, 2020. p. 38-39).

Todas as ações que compõem o capital social fixado no estatuto da companhia deverão ser subscritas, e integralizadas, por pelo menos duas pessoas, denominadas acionistas, conforme dispõe o inciso I do artigo 80 da Lei 6.404/1976[5].

As sociedades anônimas possuem dois tipos de modalidades de constituição, de acordo com sua abertura ou não para capital de investidor público. São classificadas como abertas aquelas nas quais seus fundadores buscam recursos para a constituição junto a investidores, ou as fechadas, nas quais o capital é formado apenas por seus acionistas (COELHO, 2012, p. 227).

As companhias abertas são submetidas a um controle e fiscalização constantes, por sua importância e impacto no mercado. Mamede esclarece que essa regulação rígida visa proteger a economia nacional e os investidores em geral (MAMDEDE, 2016, vol. 2, p. 269).

Fazzio Junior (2006) ensina que a companhia aberta (*open corporation, publicy-held*) é a sociedade anônima cujo capital pode ser disseminado pelo público, segundo índices e percentagens obrigatórios, e cujas ações e outros títulos imobiliários de sua emissão, depois de registro na Comissão de Valores Imobiliários (CVM), se negociam em bolsa ou fora dela por meio de instituição financeira habilitada (FAZZIO JR., 2006, p. 240).

A sociedade anônima aberta possui valores mobiliários conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 6.385/1976, que são títulos cujo objetivo é a captação de recursos financeiros, através da comercialização de ações, debêntures, bônus de subscrição e notas comerciais. Referidos títulos são disponibilizados à negociação no mercado de valores mobiliários, como a bolsa de valores ou o mercado de balcão (CAMPINHO, 2020, p. 135).

Cabe à Comissão de Valores Imobiliários (CVM), órgão estatal controlador, sendo uma autarquia federal criada pela Lei nº 6.385/1976 de regime especial, com poderes de agência reguladora vinculada ao Ministério da Fazenda, regulamentar e fiscalizar as companhias abertas (VIDO, 2017, p. 235).

3. Lei nº 6.404, que dispõe sobre as Sociedades por Ações.
4. Lei nº 6.404, que dispõe sobre as Sociedades por Ações.
5. Lei nº 6.404, que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

De acordo com Vido (2017), o mercado de capitais acontece na bolsa de valores ou no mercado de balcão, sendo que a bolsa de valores tem natureza privada, e é constituída por uma associação de sociedades corretoras ou por uma sociedade. A comercialização das ações é chamada de pregão, sendo negociados títulos que já estão em circulação no mercado. É o chamado mercado de capitais secundário. A comercialização dos títulos é realizada entre investidores detentores prévios dos títulos que os oferecem a outros investidores, sem interferência da companhia emissora dos títulos (VIDO, 2017, p. 236).

O mercado de balcão também possui natureza privada, sendo constituído por sociedades corretoras, instituições financeiras ou pelo mercado de balcão organizado, realizando a distribuição de títulos emitidos por sociedades anônimas for a da bolsa de valores. O mercado de balcão negocia títulos tanto do mercado primário, intermediando a negociação entre as companhias e os investidores, quanto o mercado secundário, que é a negociação entre investidores (VIDO, 2017, p. 236).

Não se aplicam às companhias fechadas todos os controles impostos àquelas do tipo aberto, ainda que os títulos possam circular sem a necessidade de aprovação do demais sócios. Essa comercialização não poderá utilizar meios de comunicação direcionados ao público em geral de forma indistinta (MAMEDE, 2016, p. 269).

A sociedade anônima de capital fechado, não necessariamente é uma empresa de grande porte ou possui capital social vultoso, sendo possível a adoção deste tipo societário para exploração de médios ou pequenos negócios (CAMPINHO, 2020, p. 45).

Para Fazzio Junior (2006), a companhia fechada (*close corporation, private company*) é a sociedade cujas ações e outros títulos mobiliários de sua emissão não são negociados em bolsa ou fora dela. Não faz apelo de fundos, nem entabula captação de recursos da poupança pública (FAZZIO JR., 2006, p. 241).

Os fundadores e acionistas da sociedade anônima fechada realizam o aporte de capital necessário para o desenvolvimento da atividade econômica, o que ocorre de forma anônima, por se tratar de companhia fechada. Campinho elucida que geralmente as companhias fechadas ostentam um número reduzido de acionistas, com patrimônio líquido inferior a R$1.000.000,00.

Apesar da regra nas sociedades anônimas ser a livre circulação das ações e o caráter *intuitu pecuniae*, vale ressaltar que há entendimento jurisprudencial contrário aplicado às companhias de capital fechado familiares, reconhecendo a existência da affectio societatis (COELHO, 2012, p. 34).

Nesse diapasão, Fazzio Junior já clarificava em sua obra que enquanto nas companhias abertas se desponta a feição institucional e a necessidade de se preservar o interesse coletivo do mercado, nas fechadas prevalece o caráter contratual atado à liberdade dos sócios e seus desígnios privados (FAZZIO JR., 2006, p. 241).

Importante destacar que a sociedade anônima aberta poderá fechar seu capital social, bem como a sociedade anônima fechada poderá abri-lo ao mercado. Para qualquer das modificações, será necessário o atendimento dos requisitos legais para a transformação da companhia (CAMPINHO, 2020, p. 48-49).

Friza-se que as diferenças legais entre a conceituação de companhia aberta e companhia fechada são muito mais amplas do que foi apresentado neste capítulo, não sendo a pretensão deste estudo pormenorizar de forma exaustiva todas as possibilidades.

1.1 Órgãos sociais de administração e controle

Os órgãos sociais da companhia são a assembleia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal, esses órgãos refletem, interna e externamente, são dessa forma os canais de manifestação da vontade social e decisões da personalidade jurídica da sociedade, sendo considerados pilares da organização societária das sociedades anônimas (CAMPINHO, 2020, p. 275-276).

Ressalta-se que nem todos órgãos são obrigatórios na estrutura das companhias, havendo alguns que são facultativos como é o caso do conselho de administração nas companhias fechadas que não adotam o regime de capital autorizado, conforme dispõe o § 2º do artigo 138 da Lei das Sociedades Anônimas (CAMPINHO, 2020, p. 275).

1.1.1 Assembleia Geral

A assembleia geral representa o órgão deliberativo superior da companhia (COELHO, 2012, p. 651), o poder supremo, pois ao convocar seus acionistas com poder de voto ou não, são tomadas decisões que poderão impactar as atividades da companhia, e até mesmo alterar sua organização ou forma societária (VIDO, 2017, p. 254).

Almeida (2016) preconiza que a assembleia geral nas companhias é a sessão que reúne a totalidade, ou a maioria dos subscritores ou acionistas de uma sociedade por ações, convocada e instalada na forma prevista em lei ou no estatuto, com a finalidade de, ou constituir a companhia, ou, se já constituída, tomar deliberação de seu interesse (ALMEIDA, 2016, p. 269-270).

A reunião promovida pela assembleia geral visa discutir matérias relevantes, com acionistas com direito de voto ou não, cabendo aos acionistas votantes deliberar e votar. O objetivo é chegar ao resultado decisório que representará a vontade coletiva dos acionistas, unitariamente manifestada como vontade social, vinculando todos os acionistas, mesmo que não tenham participado da reunião ou sejam dissidentes (COELHO, 2021).

As assembleias gerais, conforme previsto no artigo 121 da Lei nº 6.404/1976, devem ser convocadas e instaladas obedecendo as determinações legais e estatutárias, com poderes para determinar ações direcionadas aos negócios relativos ao objeto da companhia, permitindo a tomada de resoluções que julgar convenientes à defesa e ao desenvolvimento da companhia (MAMEDE, 2016, vol. 2, p. 389).

Mamede (2016) instrui que a assembleia geral pode ser realizada de forma presencial ou virtual, sendo permitido aos acionistas interessados utilizar meios de comunicações que efetivamente permitam aos mesmos que acompanhem as discussões e manifestem seus votos. A participação à distância é facultada também às sociedades abertas, sendo indispensável o atendimento à regulamentação da Comissão dos Valores Mobiliários, de acordo com o parágrafro único do artigo 121 da Lei nº 6.404/1976 (MAMEDE, 2016, vol. 2, p. 389).

Segundo Campinho (2020) a assembleia geral podem ser do tipo ordinária (AGO) ou extraordinária (AGE), sendo que a assembleia geral ordinária trata das matérias previstas no artigo 132 da Lei nº 6.404/1976, e a extraordinária realizará o debate e deliberação sobre outras matérias que não previstas expressamente como de competência da assembleia geral ordinária, conforme preceitua o artigo 131 da Lei das Sociedades Anônimas (CAMPINHO, 2020, p. 280).

Cabe aos órgãos de administração da companhia a competência para a convocação da assembleia geral (CAMPINHO, 2020, p. 282), conforme estabelece o artigo 123 da Lei nº 6.404/1976, a regra para convocação é que a mesma seja feita pelo

conselho de administração, caso não exista esse órgão social, caberá aos diretores, considerando as disposições previstas no estatuto (VIDO, 2017, p. 254).

A forma de convocação, tanto para as companhias abertas quanto fechadas, está prevista no artigo 124 da Lei nº 6.404/1976, tendo o prazo para a primeira convocação das sociedades abertas sido ampliado para 30 dias pela Medida Provisória nº 1.040, de 2021, disposto no inciso I, do § 1º do artigo 124[6].

De acordo com os artigos 124 e 125 da Lei das Sociedades Anônimas, a instalação da assembleia só poderá ocorrer se estiverem presentes os acionistas que representem ¼ do capital votante, na primeira convocação. Caso o *quorum* esteja abaixo do limite definido, deverá ocorrer nova convocação, não sendo necessário neste momento o *quorum* mínimo para a instalação, com a primeira publicação ocorrendo com antecedência de oito dias para as companhias abertas e de cinco dias para as companhias fechadas (VIDO, 2017, p. 255).

A falta de atendimento na forma e prazos estabelecidos para a convocação, tais como a falta do anúncio de convocação (ou da convocação por carta, quando esta o substitui) ou a sua publicação deficiente ou irregular, tais atos comprometem a validade da assembleia geral (CAMPINHO, 2020, p. 287).

2. ATUALIZAÇÃO NA LEI DAS S/A

A Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020, publicada e em vigor desde sua publicação, dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020; alterando as Leis 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)[7].

Entre as alterações promovidas pela referida lei, este estudo dá ênfase àquela relativa ao artigo 121 da Lei nº 6.404/1976, que impactou o procedimento legal para convocação e instalação da assembleia geral das companhias fechadas, permitindo aos acionistas a possibilidade de participar a distância em assembleia geral (art. 9º, Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020)[8].

É certo que a Lei das Sociedades Anônimas já reconhecia no parágrafo único do artigo 121 da Lei nº 6.404/1976 como legítima a possibilidade de participação e votação a distância dos acionistas em assembleias gerais, nos termos de regulamentação da CVM (COELHO *et alli*, 2021, p. 653).

Porém, a alteração promovida pela Lei nº 14.030/2020, resultante da conversão da Medida Provisória 931/2020 no mesmo instituto legal, ou seja, o parágrafo único do artigo 121 da Lei das Sociedades Anônimas, a novidade proposta foi a permissão para que os acionistas das companhias fechadas também pudessem participar e votar a distância nas assembleias gerais (COELHO *et alli*, 2021, p. 653).

6. Lei nº 6.404, que dispõe sobre as Sociedades por Ações.
7. Lei nº 14.030, que dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020.
8. Lei nº 14.030, que dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por sua vez, editou a Instrução CVM nº 622, de 17 de abril de 2020 alterando a ICVM 481/2009, para compilar as regras aplicadas às assembleias não presenciais (COELHO *et alli*, 2021, p. 653).

O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – DREI tratou de regulamentar essa alteração relacionada às companhias fechadas, inicialmente através da INDREI 79/2020, sendo posteriormente tratada no Anexo V da INDREI 81/2020 que dispõe o Manual Registro da Sociedade Anônima (COELHO *et alli*, 2021, p. 653).

A INDREI 79/2020, e posteriormente a INDREI 81/2020, reconhecem as novas categorias de reunião considerando a participação e a votação a distância, desta forma, além da clássica assembleia presencial, tem-se as novas modalidades – semipresencial e digital. A assembleia semipresencial ocorrerá quando os acionistas puderem participar e votar presencialmente, no local físico da realização do conclave, mas também a distância, e a digital ocorre quando os acionistas só puderem participar e votar a distância, não sendo realizada em nenhum local físico, presumindo-se que os conclaves digitais são realizados na sede social (COELHO *et alli*, 2021, p. 653).

Na assembleia realizada com participação e voto a distância tudo é realizado por meio de sistemas eletrônicos, devendo ser gerado o boletim de voto a distância como meio comprobatório do exercício do direito do voto dos acionistas (COELHO *et alli*, 2021, p. 654).

Como não há limitação para que tipo de assembleia são permitidas as modalidades semipresencial ou digital, se interpreta extensivamente que se aplicam tanto para a assembleia geral ordinária (AGO) quanto para a assembleia geral extraordinária (AGE) (COELHO *et alli*, 2021, p. 654).

É importante ressaltar que a convocação e instalação das assembleias continuam obedecendo as normas legais e disposições do estatuto social, sendo necessário manter a comunicação transparente e de acordo os prazos legais. Desta forma, no edital de convocação da assembleia deve constar a informação de como a reunião será realizada, se presencial, de modo parcial ou exclusivamente digital, contendo detalhes para esclarecer quais meios eletrônicos serão utilizados para a participação do acionista e o voto a distância, devendo as companhias seguirem as instruções normativas que lhes são aplicáveis, se fechadas a INDREI 81/2020, Anexo V, Seção VIII, e se abertas a ICVM 481/2020 (COELHO *et alli*, 2021, p. 654).

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA

Entende-se que a governança corporativa é um conjunto de práticas de gestão que busca estabelecer a padronização e monitoramento das atividades, visando a melhoria contínua do desempenho das empresas, permitindo o fácil acesso às informações básicas da empresa e possibilitando a implementação de melhorias no modelo de gestão. Seu objetivo é proteger, de forma equilibrada a todos – sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos fiscalizadores e demais sujeitos interessados (clientes, fornecedores, credores, funcionários) (OLIVEIRA, 2011, p. 16).

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum[9].

9. CÓDIGO de melhores práticas de governança corporativa.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na mesma esteira, enaltece a governança corporativa como uma prática que permite o reconhecimento da integridade do negócio no mercado e o nível de confiabilidade dos investidores e parceiros. No relatório G20/OCDE *Principles of Corporate Governance* de 2015 a define como:

> A boa governança corporativa não é um fim em si mesma. É um meio para criar a confiança do mercado e a integridade do negócio, que por sua vez é essencial para as empresas que precisam ter acesso a capital de investimento a longo prazo. O acesso ao capital é particularmente importante para as empresas orientadas para o crescimento futuro e para equilibrar qualquer aumento da alavancagem[10].

Este tipo de gestão fundamenta-se em princípios éticos, sustentando-se também nos institutos legais e marcos regulatórios que envolvem os processos de gestão (ROSSETI e ANDRADE, 2014, p. 26).

Os princípios básicos da governança corporativa são – a transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e a responsabilidade corporativa[11].

A transparência aplica-se sobre a disponibilização de informações relevantes para as partes interessadas, não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. As informações devem tratar do todo organizacional, considerando os fatores, tangíveis e intangíveis, que influenciam a tomada de decisões gerenciais e que estejam vinculados à preservação e à otimização do valor da organização[12].

O princípio da equidade visa um tratamento justo e isonômico de todos os envolvidos na organização, sócios e demais partes interessadas – os *stakeholders*, respeitando seus direitos, deveres, necessidades e expectativas[13].

A prestação de contas se reflete na atuação clara, concisa, compreensível e tempestiva, onde os atos e omissões são devidamente responsabilizados. Sinteticamente, a responsabilidade corporativa é o zelo pela viabilidade econômico-financeira das organizações a curto, médio e longo prazos[14].

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entre outras organizações multilaterais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial consideram os princípios da governança corporativa como fundamentais para o crescimento econômico e para a integração global de mercados (ROSSETI e ANDRADE, 2014, p. 26).

Os princípios da OCDE de 1999 estabelecem que toda e qualquer estruturação de governança corporativa deve proteger os direitos dos acionistas; todos os acionistas, independentemente de serem majoritários ou minoritários, nacionais ou estrangeiros, devem ter tratamento igualitário e equitativo da empresa; deve existir transparência e veracidade nas informações disponibilizadas em geral, consolidando, inclusive, maior interesse pela empresa; todos os fatos relevantes devem ser prontamente divulgados aos públicos interessados; e, as responsabilidades e a forma de atuação do Conselho de Administração devem estar muito bem definidas, entendidas, operacionalizadas e avaliadas (OLIVEIRA, 2011, p. 14).

10. G20/OECD *Principles of Corporate Governance.*
11. CÓDIGO de melhores práticas de governança corporativa.
12. CÓDIGO de melhores práticas de governança corporativa.
13. CÓDIGO de melhores práticas de governança corporativa.
14. CÓDIGO de melhores práticas de governança corporativa.

Existem diversos modelos de governança corporativa, pois estes diferem nos países de acordo com variáveis tais como cultura, economia, legislação entre outras, influenciando diretamente em sua formatação. Todavia, o modelo predominante tem como estrutura de poder a interação da propriedade, o conselho de administração e a direção executiva, somando-se a esses as outras partes interessadas (ROSSETI e ANDRADE, 2014, p. 259).

Muitos apontam que a estrutura de controle considerado o direito de voto e a propriedade representada pelo direito de fluxo de caixa, ao lado da proteção legal são pontos determinantes desse sistema (SILVA, 2014, p. 25).

A adoção das boas práticas de governança proporciona às empresas diversos benefícios. Através dos procedimentos ou processos estabelecidos e controlados, permite-se às organizações maior facilidade na identificação, tratamento e operacionalização das questões estratégicas; consolidação e otimização do modelo de gestão organizacional; melhor interação com a comunidade, o mercado e o governo; equidade de tratamento junto aos diversos públicos; maior nível de atratividade no mercado; maior segurança na transparência de informações; consolidação de novas abordagens de atuação, incluindo as questões éticas e de responsabilidade social; e estruturação de novos conhecimentos e reestruturação de antigas funções. Deve-se considerar também o aumento da atratividade de mercado das empresas com governança corporativa (OLIVEIRA, 2011, p. 21).

4. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE / *COMPLIANCE*

Os programas de integridade são ferramentas de governança corporativa, sendo sistemas e procedimentos adotados para a gestão das empresas que priorizam o atendimento das legislações e regulamentos internos e externos, bem como buscam proporcionar melhoria na relação com os investidores e os *stakeholders* (ASSI, 2013, p. 19).

A função de *compliance* dentro das organizações é controlar e influenciar o comportamento nas relações intra e interorganizacionais, incutindo a ideia da importância de saber fazer as coisas da maneira correta, incentivando o compromisso de todos os membros da organização no cumprimento das leis, das políticas e dos procedimentos internos. Também visa proporcionar a tomada de consciência de todos sobre a necessidade de se estar em conformidade com as regras, princípios e diretrizes aplicados ao ambiente corporativo, partindo da alta direção até a base da hierarquia organizacional (ASSI, 2013, p. 19).

O *compliance* busca reduzir essas ameaças que envolvem sanções legais ou regulatórias, perdas financeiras ou danos à sua reputação ou imagem. De forma geral, ocorrem por falha no cumprimento das legislações vigentes, regulamentos, código de conduta e ética que servem para balizar as atividades organizacionais. A redução dos riscos proporcionada pelo *compliance* relaciona-se diretamente com o acatamento e controle das regras que devem ser seguidas de forma padronizada e constante (ASSI, 2013, p. 19).

Para a implantação e gestão de *compliance* dentro das organizações deve-se considerar a utilização de algumas técnicas como: emissão de normas e regulamentos internos; acompanhamento diário da legislação aplicável às atividades da organização; utilização de canal de denúncia; monitoramento da conformidade nas operações, procedimentos e cadastros; monitoramento e implementação de mecanismos de controles

internos vinculados à área de *compliance*; criação de controles operacionais e sistêmicos e testes para prevenção e detecção de lavagem de dinheiro, propinas e outros atos ilícitos; treinamentos diversos de acordo com as necessidades da empresa e empregados; e a criação de comitê de compliance responsável por desenvolver e implementar mecanismos de apoio aos executivos da organização (ASSI, 2013, p. 19).

Assim como qualquer outro programa interno, para que o *compliance* tenha êxito e seja eficaz é essencial a participação e patrocínio da alta direção da empresa. Além desse apoio, outro fator imprescindível é a formação de parcerias internas, pois o programa de integridade é aplicado de forma global na organização envolvendo todos os empregados, independente da área em que atuem (ASSI, 2013, p. 19).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que as companhias, abertas ou fechadas, são um dos tipos societários mais relevantes na economia brasileira pela sua capacidade de atrair investimentos e consequente participação no desenvolvimento econômico, social e político nos mercados onde atuam, considerando seus impactos em função da multiplicidade de empreendimentos e possibilidade de intercâmbio de conhecimentos e técnicas que promovem melhoria dos produtos e serviços oferecidos pelas mesmas.

A sociedade anônima é em regra uma empresa dinâmica que aporta capital de terceiros para o seu crescimento e desenvolvimento, oferecendo como um dos maiores atrativos aos acionistas e investidores a limitação da responsabilidade, pois se conhece desde o início da relação qual a previsão do risco financeiro que estão assumindo ao adquirirem ações da companhia.

As sociedades anônimas mereceram legislação especial, a Lei nº 6.404/1976, em vigor há mais de 40 anos, sendo modificada regularmente para manter-se atualizada e aplicável.

Referida legislação regulamenta de forma minuciosa este tipo societário, definindo uma série de regulamentos e requisitos que visam impor a essa modalidade empresarial o dever de demonstrar sua conformidade e integridade do negócio publicamente à sociedade, investidores e parceiros comerciais, em alguns caso a abertura da companhia depende de autorização prévia do órgão regulador, como ocorre com as empresas que realizam a captação de recursos públicos e a constituição de instituição financeira.

A regulamentação imposta pela Lei nº 6.404/1976 é mais ampla para as companhias de capital aberto, porém, é importante que as companhias de capital fechado busquem criar rotinas internas que proporcionem o atendimento às leis e regulações que se aplicam ao seu empreendimento.

Este estudo analisou uma das alterações propostas pela Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020, que permitiu às companhias fechadas a realização de suas assembleias a distância com votação eletrônica, sendo uma mudança significativa, principalmente se pensarmos que há muitas companhias fechadas familiares e/ou de pequeno e médio porte que não estão habituadas a lidar com seus pares e acionistas de forma virtual.

Ainda que tenha ocorrido uma flexibilização no órgão mais importante de qualquer companhia, ou seja, a assembleia geral na qual se concentra o poder decisório supremo, tal atividade segue regulamentada sendo necessário cumprir uma série de requisitos para garantir sua regularidade.

Desta forma, a aplicação das práticas de governança corporativa visa justamente garantir que além da padronização e constante monitoramento das atividades comerciais,

outras áreas de gestão como aquelas relacionadas ao atendimento das questões regulatórias específicas ao tipo e ramo de atuação e as legais, como é o caso da Lei nº 6.404/1976 e suas atualizações e/ou modificações, sejam constantemente monitoradas e implementadas, seja para atendimento legal, seja para a melhoria e desenvolvimento da companhia.

REFERÊNCIAS

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios – com implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios.** São Paulo: Saint Paulo Editora, 2013.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais.** Saraiva: 2016.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.818, de 24 de abril de 2019. **Altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), para dispor sobre as publicações obrigatórias e ampliar para R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) o valor máximo admitido de patrimônio líquido para que a sociedade anônima de capital fechado faça jus ao regime simplificado de publicidade de atos societários**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13818.htm#art1>. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020. **Dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020; altera as Leis n os 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14030.htm#art9>. Acesso em: 01 mai. 2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial – sociedade anônima**. 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial – direito de empresa**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa *et alli*. **Lei das Sociedades Anônimas Comentada.** Forense: 2021.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
G20/OCDE Principles of Corporate Governance. OCDE. Disponível em: <https://www.OCDE.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2021.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). Disponível em <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23486/Publicacao-IBGCOrienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>. Acesso em 01 mai. 2021.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código Brasileiro de Governança Corporativa - Companhias Abertas / Grupo de Trabalho Interagentes**; coordenação Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2016. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21148/Codigo_Brasileiro_de_Governanca_Corporativa_Companhias_Abertas.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2021.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário: sociedades simples e empresárias. Volume 2. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Governança corporativa na prática: integrando acionistas, conselho de administração e diretoria executiva na geração de resultados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa:** Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências. 7ª ed. Atlas: 2014.

SILVA, André Luiz Carvalhal da. **Governança corporativa e sucesso empresarial:** Melhores práticas para aumentar o valor da firma, 2ª ed. Saraiva: 2014.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ALIENAÇÃO PARENTAL E O DEVER DE INDENIZAR

Roberta da Silva Lages Costa[1]

Resumo: O presente artigo tem por objeto analisar a responsabilidade civil dos pais que não estão mais juntos, no âmbito da alienação parental, tendo em vista que a Constituição Federal reconhece de maneira expressa o direito à convivência familiar, sendo passível de punição aquele que violá-lo. A partir do que vem a ser o instituto da Alienação Parental, o Código Civil, bem como a Lei nº 8.069/1990 e a Lei nº 12.318/2010 disciplinam a responsabilidade do genitor que denigre a imagem do outro diante do filho. Será observado se da violência psicológica resulta dano aos envolvidos, e, por conseguinte, a obrigação de indenizar, sendo dever do judiciário julgar cada caso concreto para a aplicação das leis atinentes à situação específica.

Palavras–chave: Responsabilidade Civil. Alienação Parental. Convivência familiar. Violência.

INTRODUÇÃO

No mundo atual, é nítido que a busca pela felicidade, garantida pela Constituição Federal, norteia as relações humanas, sendo a instituição da família ainda muito valorizada pela sociedade, tendo na convivência, seja por casamento, união estável, ou outro tipo de arranjo familiar, o início para atingir aquele objetivo.

A família moderna, entretanto, vem sofrendo grandes impactos da contemporaneidade. Tendo em vista divergências e incompatibilidades entre os casais, bem como a autonomia da vontade de continuar mantendo ou não a vida em comum, muitos casais optam pela dissolução da união.

Após o fim de um relacionamento, todos os envolvidos nesta história são afetados, tendo que se adaptar a um novo estilo de vida. Quando presentes filhos destas relações, os mesmos devem lidar com a separação dos pais, encontrando-se em meio a uma batalha tanto judicial, quanto afetiva, sendo usados como indicadores para avaliar as condutas dos pais e decidir quem tem razão. Ocorre que algumas relações são rompidas de maneira conturbada, o que prejudica de maneira significativa a formação da personalidade dos filhos advindos desta entidade familiar.

O comprometimento na construção da índole das crianças se dá muitas vezes pela esfera psicológica, causando danos à elas, podendo desenvolver desequilíbrio emocional, bem como degradação da figura paternal ou maternal.

Este desgaste é conhecido como alienação parental, uma prática que vem ocorrendo com frequência nos âmbitos familiares, constituindo-se uma grande preocupação, vez que o maior prejudicado dessa ânsia de vingança entre os ex-parceiros é uma criança ou adolescente, o que culmina, em determinadas situações, na quebra total do vinculo afetivo.

Em sua maioria, a alienação parental é cometida pelos pais da criança, mas também, a prática desta violência psicológica pode ser atribuída aos avós dos infantes, que não gostam de um de seus progenitores, e outros membros afins que tomam partido.

Dessa forma, em 2010, o Brasil passou a ter uma legislação específica para os casos de alienação parental, após diversas discussões de pais separados que não acordavam sobre o convívio com os filhos menores.

Com a promulgação da Lei nº 12.318/2010, os atos alienatórios passaram a ser coibidos, e a saúde psicológica de crianças e adolescentes protegida. A referida Lei trouxe

1. Bacharel em Direito pela Pitágoras - Instituto Camillo Filho, Pós-graduanda em Direito das famílias e sucessões, na Faculdade Aldemar Rosado. Email: rlagess@hotmail.com.

a possibilidade de responsabilização tanto no âmbito criminal quanto no civil, quando verificados comportamentos típicos de alienação parental ou qualquer outra conduta que dificulte a convivência dos filhos menores com o genitor.

Assim, este trabalho pretende expor o papel da família, explicar o que vem a ser a alienação parental, a legislação aplicada nesses casos e entender a responsabilização civil em vista da alienação parental.

1. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família exerce um papel fundamental na vida de uma pessoa. Ela é uma das principais responsáveis pelo desenvolvimento físico, psicológico e social do sujeito, além de ser a primeira e mais influente referência que ele pode ter.

> A relação entre família e formação da identidade é central na história do desenvolvimento do indivíduo, que é uma história relacional entre figuras parentais e filhos e é elucidativa do desenvolvimento da identidade e do processo de maturação das competências individuais e sociais (NEUENSCHWANDER, 2002 *apud* DIAS, 2012).

Inclusive, é dela que emerge os conceitos morais e éticos que insere a consciência cidadã, coletiva e o respeito à diversidade. É notório que “a responsabilidade dos pais é muito grande na formação dos filhos, já que lhes cabe, mais pelo exemplo do que pelas palavras, dar-lhes a devida orientação e acompanhamento” (NOGUEIRA, 1998, p.212). Assim, os progenitores são os principais educadores de seus filhos, fazendo-se presentes durante sua criação e sendo responsáveis pela formação e valoração da criança. Além disso, “os genitores assumem muito mais uma função educativa do que propriamente de gestão patrimonial” (FIGUEIREDO *et al*, 2014, p.22).

Nesse sentido, visando garantir o crescimento e o amadurecimento saudável da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 dispôs, no art. 227, que a família, Estado e sociedade devem assegurar, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar. O site Prioridade absoluta (online) afirma que a norma constitucional da prioridade absoluta ‘’assegura que, em qualquer situação, encontre-se a alternativa que garanta que os interesses da criança e do adolescente estejam sempre em primeiro lugar’’.

Seguindo a mesma lógica, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) ratifica o texto constitucional, considerando a participação na vida familiar e comunitária, um direito à liberdade. ‘’Cada família tem seu jeito. O importante é manter o ambiente saudável e de respeito. (...) Afeto e carinho fazem toda a diferença’’ (PRINCIPE, 2016, *online*). E ainda, o Código Civil (2002) reafirma a manutenção das relações parentais, bem como, os direitos e obrigações dos genitores após a separação do casal.

> Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.
> Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo (BRASIL, 2002).

Assim, como destaca Dias (2016, p.760), “a unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos

genitores''.[2] Ou seja, embora os consortes não vivam mais como marido e mulher, isto não deveria afetar o exercício do poder familiar e o vínculo entre pais e filho.

> É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio dos genitores ou da dissolução da união estável dos genitores. (...) O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. (DIAS, 2016, p. 760 e 851).

Destarte, buscando preservar o vínculo entre genitor e prole, como também, garantir aos dois o direito de participar um da vida do outro, o art. 1.632 da Lei nº 10.406/2020, afirma que "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos''. Como consequência, a redação do art. 1589 da mesma legislação, garante que o pai ou a mãe que não esteja com a guarda do filho, poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia, conforme for acordado com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz. Por fim, o art. 1634 do Código Civil, elenca as competências de ambos os pais, independentemente da sua situação conjugal, no que diz respeito ao exercício do poder familiar, devendo, por exemplo: a) dirigir-lhes a criação e educação; b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada; e c) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. A intenção dos dispositivos é dar continuidade ao convívio eficaz de ascendentes e descentes, tendo em vista que a desvinculação dos pais, não significa a ruptura familiar.

> Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles, é necessário definir a divisão do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada (CC 1.583 § 2.º). Mesmo no divórcio e na dissolução da união estável consensual, é indispensável que conste o que foi acordado com relação à guarda e à visitação (CPC 731 II). Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. O rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos (DIAS, 2016, 851 e 852).

Acima de tudo, deve-se ter em mente o melhor interesse da criança para tais situações, tendo em vista que a convivência familiar implica em situações que ''proporciona o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil, com a consequente percepção para a criança de que ela é amada e que tem alguém que com ela se preocupa'' (PARANÁ, 2012, p. 16). Soares (2017, p. 123) frisa a importância da convivência familiar e da concepção de um espaço adequado ao desenvolvimento dos infantes, ''a forma como a personalidade da criança e do adolescente é moldada conta, inexoravelmente, com a participação direta do núcleo familiar no qual esse está inserido'' (SOARES, 2012, p. 124). Nas palavras de Chaves (2008, online) ''a conveniência do genitor em conviver com o filho tem seu limite bem demarcado pelo interesse da criança, de modo que não pode causar transtornos na rotina do infante, embora deva ser incentivada por ambos os genitores''. Por isso, o art. 6 da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), prescreve:

2. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade (DIAS, 2016, p. 760).

> Princípio 6
> Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material.

Também, a Convenção dos direitos da criança (1990), estabelece, no artigo 9 que ‘’os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança’’. Nesse diapasão, nota-se que, com o novo status de ‘’sujeitos de direitos’’, as decisões jurídicas são tomadas baseando-se na preocupação com a comodidade do filho, e não da situação dos pais.

> A guarda dos filhos deve ser deferida sempre visando ao bem-estar dos menores, devendo as razões de sua fixação ou alteração serem aquelas que se relacionam com o interesse moral e material dos filhos e não aquelas que se prendam às desavenças dos pais (TJ-MG 1514785 MG 1.0000.00.151478-5/ 000 (1), Relator: BADY CURY, Data de Julgamento: 03/02/2000, Data de Publicação: 29/02/2000).

Por esta razão, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza mecanismos, como a guarda unilateral ou compartilhada, também o direito de visita, para assegurar que o infante tenha contato com ambos os progenitores. Godoy (2019, *online*) aponta a preferência do Código Civil pela guarda compartilhada, justificando a intenção do legislador em não retirar as referências do menor e preservar a afetividade. ‘’Portanto, é a forma dos genitores possuírem a corresponsabilidade e coparticipação diária sobre a vida dos filhos, como se vivessem em família, visando manter a rotina’’ (GODOY, 2019, *online*). Assim, a guarda unilateral será concedida a um dos pais em casos de ‘’maus tratos, abandono, falta de condições mínimas para garantir os cuidados da criança ou adolescente e ainda em casos em que não é possível a guarda compartilhada’’(OLIVEIRA, 2020, *online*). A lei 10.406/2020 ainda menciona a possibilidade da guarda unilateral quando um dos pais manifesta a falta de interesse em tê-la. Mas o genitor não guardião, além de poder supervisionar o cotidiano do filho, podendo solicitar informações, também tem o direito de visitá-lo.

> Assim, o instituto possui o escopo de tutelar não somente o direito do filho à convivência assídua com ambos os pais, assegurando-lhe o desenvolvimento físico, moral, mental e espiritual completo, além da manutenção da referência materno-paterna no dia a dia, mas também o direito dos genitores de desfrutar da convivência real do filho, permanecendo os laços afetivos e familiares (OSORIO, 2009, p.13).

É importante destacar que o direito à convivência é assegurado tanto para o pai e a mãe de ser presente na vida do filho, quanto da criança de ter por perto seus genitores, reforçando os vínculos materno e paterno-filial. Dias (2016, p.866) prega que ‘’ é direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito’’. A autora ainda pontua que não é relevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a definição do regime convivencial, ‘’o interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental’’ (DIAS, 2016, p. 866).

Baseado nesta premissa, o Tribunal de Justiça de Goiás, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 5063801.12.2019.8.09.0000, ilustrou resumidamente como funciona o processo de guarda em caso de pais separados:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA C/C ALIMENTOS. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL. REJEITADA. DIREITO DE VISITAS. REGULAMENTAÇÃO. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. (...) 2. Embora a guarda compartilhada seja a regra utilizada em ações como a que ora se analisa, havendo fixação de guarda unilateral ao genitor e, inexistindo pleito no sentido de compartilhá-la, deve ser mantida a decisão de origem diante da ausência de elementos que desabonem o genitor guardião de tal encargo. 3. Fixada a guarda unilateral a um dos genitores, impõe-se a regulamentação de visitas do genitor não guardião a fim de atender o melhor interesse dos infantes, garantindo a convivência com ambos os ascendentes, sem prejuízo de sua rotina, e assegurando seu bem-estar físico e emocional. (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (TJ-GO- AI: 5063801.12.2019.8.09.0000, Relator: CARLOS ROBERTO FAVARO, Data de Julgamento: 22/05/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/05/2019).

Diante disto, é notório que o ambiente doméstico é um fator significativo na existência de um indivíduo. Assim, viabilizar a atuação dos ascendentes na rotina dos filhos, mesmo que não se apresentem mais como um casal, satisfaz o direito à convivência familiar de pais e filhos, bem como, resulta na construção de uma pessoa sadia, íntegra e próspera.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

A decisão de constituir uma família é um passo que requer cautela e planejamento, além de ser um momento de alegria e celebração, tendo em vista que os nubentes perceberam que querem passar o resto da vida juntos.

> O casamento é mais do que uma simples convivência dos cônjuges. Se se apresenta, por um lado com este aspecto de união de duas existências, conjugando esforços em prol de interesses e idéias comuns, uma identificação que se traduz em relações puramente corporais e materiais, por outro lado, o casamento origina relações verdadeiramente espirituais, de afeto e amizade, de dedicação e carinho recíprocos. A comunhão de vida orienta-se assim em sentido mais elevado, visando essencialmente um escopo social e humano (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 321 *apud* MOTTA, 2009, *online*).[3]

Nesse contexto, nascem os filhos[4], uma representação do amor que o casal tem um pelo outro. Assim, a rotina dos companheiros deixa de ser apenas conjugal e passa a ser também paterno/maternal. Logo, para desempenhar os dois papéis com deleite, é importante que esses estejam em harmonia e adotem estratégias de resolução de conflitos na relação matrimonial.

> Por exemplo, casamentos saudáveis proporcionam mais suporte aos cônjuges que relações maritais insatisfatórias e o apoio emocional dos pais às mães favorece o

3. Art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).
4. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002).

> desenvolvimento saudável dos filhos (Belsky, 1981, 1984; Erel & Burman, 1995; Gottman, 1993, 1998; Gottman & Silver, 1999 apud BRAZ, 2005).

Todavia, no decorrer da vida a dois, algumas situações se tornam insustentáveis, acarretando o fim do vínculo amoroso. Ocorre que, em meio ao processo de dissolução conjugal, a troca de ofensas e acusações, estão os filhos, que acabam ficando “divididos” sobre qual lado ficar. Trindade (2012, p. 207) revela que ‘’nesse nível de conflitualidade, o filho é constrangido a escolher entre os genitores, o que está em total oposição ao seu desenvolvimento normal e saudável’’. Fernanda Motta e João da Motta (2021, *online*) comentam que não é raro as desavenças do casal atingirem os filhos, mesmo que tentem evitar, as farpas os fere diretamente. Eles ainda enfatizam que a conduta é comum após a separação do casal, e se dá por causa de mágoas e ressentimentos que normalmente perduram durante o curso de separação. ‘’Os filhos são usados como instrumento de vingança para atingir, ferir o outro e nesse processo quem está sendo mais torturado é a criança (MOTTA, F.; MOTTA, J., 2021, *online*). Diante deste cenário, surge o fenômeno da Alienação Parental.

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Ou seja, a prática consiste em, além de criar uma imagem negativa da outra autoridade parental, que, nas palavras do psicólogo Jorge Trindade (2007, p.102) baseia-se ‘’num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor’’, também, essa manipulação tem a finalidade de dificultar que aquele responsável se faça presente na vida do infante. Maria Berenice Dias (2008, *online*) elucida como tal comportamento funciona: ‘’ para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo’’. Ignácio (2020, *online*), ao escrever sobre o assunto, informa que ‘’ independentemente da relação que o casal estabeleça entre si após a dissolução do casamento ou da união estável, a criança ou adolescente tem o direito de manter preservado seu relacionamento com seus genitores’’. Ela ainda ressalta a importância de proteger crianças e adolescentes dos conflitos envolvendo o casal, evitando que as desavenças ‘’entre os pais afetem o vínculo entre pais e filhos, pois a figura dos pais é uma das principais referências de mundo e de sociedade para os filhos’’ (IGNÁCIO, 2020, *online*).

> As desculpas oscilam entre pequenas moléstias, *v.g*., fulano está gripado, com dor de garganta, dor de barriga, por isso é melhor ele ficar em casa. As desculpas se repetem e as visitas acabam se dando cada vez com menor freqüência, afastando o genitor não guardião cada vez mais da prole. Se o pai telefona, a mãe impede o contato. E não é raro acompanhar a conduta de um dos genitores, sempre procurando afastar o outro do convívio com a prole, obstruindo a realização das visitas ou desfazendo e denegrindo a imagem do não guardião para as crianças, e depois, esse mesmo genitor que realiza o afastamento, acusando o outro de ter “abandonado” os filhos. Noutros casos, também nada incomuns, a obstaculização no exercício das visitas mostra-se ainda mais ostensiva. Os genitores guardiões simplesmente se ausentam, sem qualquer explicação, nas horas previstas para a entrega da criança; negam ao outro genitor o direito de pegar o filho, mesmo que

> haja previsão e fixação judicial; enfim, assumem a posição, ostensivamente, de não facilitar ou de impossibilitar o convívio da prole com o outro genitor. (GUAZZELLI *apud* MORQUECHO, 2016, *online*).

Assim, diante de tantas informações maléficas, e até falsas, bem como, a partir de situações que o filho acredita ser o progenitor alienado responsável por causar, a relação materno/paternal fica abalada, tendo em vista que o alienador favorece o contexto para que a criança tenha como verdade aquilo que ele afirma.

> O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias (DIAS, 2016, p. 883).

Em contrapartida, o genitor alienado sofre limitações no exercício do seu poder familiar, e também com a violação do seu direito de participar do crescimento do seu filho.

> Para o pai alienado é um choque ver que seu próprio filho é quem lhe dirige as palavras de ódio antes escutadas do outro cônjuge, o que pode ocasionar, inclusive, diante da sensação de impotência, o seu afastamento da criança – exatamente como quis e planejou o alienador (MADALENO, A.; MADALENO, R. , 2017, p. 52).

É importante mencionar que a convivência do filho com o genitor não guardião, é um direito mútuo de pais e filho. E ainda, salienta-se que que a mencionada garantia ‘’não diz respeito apenas à família nuclear formada por pai, mãe e filhos, mas estende-se aos avós e, em alguns casos, aos tios ou outras pessoas’’ (MADALENO, A.; MADALENO, R., 2017, p. 30). Portanto, é essencial manter o contato entre familiares de quem o infante é próximo e ele, pois, fortalece os laços de afetividade da criança com os membros de sua família, fazendo com que ela experimente a sensação de acolhimento e intimidade, bem como, se sinta parte do grupo, ‘’ respeitando-se seu direito a conhecer plenamente sua identidade’’ (CRUZ, 2017, *online*).

> Ao contrário do que se imagina, o direito de visita do menor é assegurado não somente aos pais, mas se estende aos avós, tios, primos, padrinhos, padrastos, madrastas e demais interessados ao convívio com a criança. (...) Portanto, todos os interessados ao convívio com a criança tem o direito de visita assegurado, desde que atendam aos requisitos primordiais ao melhor interesse da criança, visando sempre fortalecer os laços familiares e afins (...)’’ (RIBEIRO, 2018, *online*).

No entanto, sabe-se que fora os genitores, outros familiares também são agentes que atuam instigando o atrito entre ascendente e descendente. O Blog Papo de pai (2018, *online*), ao escrever sobre Alienação Parental, observou que, além da mãe e do pai, ‘’outras figuras próximas da criança ou do adolescente podem ser os alienadores, como os avós, tios, irmãos madrasta e padrasto, dentre outros que possam ter estes menores sob sua autoridade, guarda ou vigilância’’. Ademais, Ullmann (2015, *online*) aponta que ‘’este comportamento não se restringe ao âmbito familiar, pois utilizar-se do círculo extenso da família e dos amigos é um atuar comum do alienador para trazer para perto de si aliados que confirmem sua forma de agir’’.

> O que se pode concluir é que os atos que impulsionam a prática de alienação parental, na maioria das vezes são cometidos por aquela pessoa magoada, ferida com o fim do relacionamento, ou por familiares daquele que foi "injustiçado", surgindo então o sentimento de vingança, e encontram no filho ou neto o objeto perfeito para a pratica dessas atitudes deploráveis (GALVÃO; NETO, 2019, *online*).

À vista das mudanças nas relações familiares, sabe-se que as pessoas são livres para iniciar e terminar relacionamentos. E, com rompimentos conturbados, o ex-casal acaba usando os filhos para atingir o outro. Logo, a criança que fica no meio do fogo cruzado, acaba sendo vítima de alienação parental por um dos genitores, ou por familiares. Com isso, devido às histórias que o alienante lhe conta, como também, por situações que ele cria para corroborar sua narrativa, ela termina concluindo que realmente o alienado é o vilão, e por isso passa a ter sentimentos negativos pelo o genitor afastado, culminando no enfraquecimento do vínculo entre os dois.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ALIENAÇÃO PARENTAL

A prática de alienação parental causa muitos transtornos, além de deixar graves sequelas, podendo ser até irreversíveis. O documentário "A morte inventada: alienação parental'', do diretor Alan Minas, relata alguns casos acerca destes problemas. Em tais situações, após a separação, o filho e o genitor não guardião, vão se afastando. A princípio, aparenta ser apenas desencontros, algo normal, tendo em vista a nova realidade dos envolvidos. Entretanto, com o passar do tempo e reiteradas atitudes, percebe-se que, na verdade é o outro genitor que está obstaculizando o encontro e a interação entre os dois.

Ocorre que, em razão disto, tanto o infante, quanto o seu procriador passam a viver uma "falsa realidade", acreditando que um não quer a companhia do outro. Aquele, é convencido que o genitor alienado é uma pessoa má e não se importa com ele, e o pai, que sofre com os obstáculos que vão sendo colocados para ter acesso ao seu filho, não consegue encontrar maneiras de reverter a situação, e assim, deixa de procurar o filho.

É importante destacar que, a Lei nº 12.318/2010 considera o ato de promover a discórdia entre genitor e prole, um desrespeito ao direito fundamental da criança ou do adolescente, de ter um convívio saudável com o núcleo familiar, prejudicando a troca de afeto entre a criança, o genitor alienado, e seus parentes. Filagrana (2017, online) ressalta que '' a lei de alienação parental surge para "coibir" tal pratica, servindo de prevenção, bem como para aplicar as reprimendas necessárias ao responsável pela alienação, atenuando assim, seus efeitos'', restando evidente a intenção do legislador em garantir a continuidade da relação entre pais e filhos.

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990).

Ademais, o referido diploma legal ainda prevê a possibilidade de a autoridade parental alienante responder civilmente pelo abuso cometido, amparado pelo texto constitucional, que decretou, no art. 227, §4º ''a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente'' (BRASIL,1988). Pensando nisto, à luz do art. 927 do Código Civil (1990), a responsabilidade civil pode ser

compreendida como a obrigação de reparar o dano causado a outro, por um ato ilícito cometido. Por esse lado, o Código Civil (1990) descreve no art. 186 que ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

No que diz respeito aos elementos essenciais para fins de caracterização, Carlos Roberto Gonçalves (2010) entende que são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa[5] ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Sobre a culpa, o autor ainda explica (2010, p.53) "para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa stricto sensu do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil".

Levando para o âmbito do direito de família, os atos alienatórios são ilícitos, tendo em vista que ferem direitos fundamentais e acarretam em prejuízos para a criança e para o genitor alienado. Tartuce destaca (2015, p. 350) "não há dúvida que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar a responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito (art. 187 do CC)''. Fortunato (*online*) esclarece que ''o alienador ao praticar atos de alienação parental, está cometendo um ato ilícito e causando danos não só ao menor, mas também ao genitor que está sofrendo com a alienação''. Corroborando este pensamento, Lira (2015, *online*) se manifesta afirmando:

> Entretanto, o dano não se configura só pelo genitor alienado, mas pelo filho que também foi privado de conviver com o pai e que teve a sua integridade psíquica e moral atingidas, por falta de liberdade de pensamento e pelas influências de "falsas memórias" implantadas pelo genitor alienador, que formarão sua personalidade e identidade.

A partir desta ideia, Alves e Costa (2019, p. 168) concluem que o responsável que ''praticou a alienação parental e causou lesões aos direitos da personalidade do outro deverá ser responsabilizado, ocasião em que deverá compensar os danos morais sofridos pelo alienado''. Com isso, Carvalho (2019) orienta o genitor alienado a propor Ação de responsabilidade civil, junto à Vara de Famílias, reivindicando indenização pelos danos morais e materiais.

> A prática de conduta alienadora, além de ilícita, é culpável de forma ativa, geradora de dano e, por constituir os elementos mínimos e necessários para a configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, impõe o dever, do alienador, em compensar o alienado (genitor e até mesmo o menor) moralmente dos danos causados por sua conduta. (FREITAS, 2014, p. 106, *apud* BASTOS, 2016, p. 49).

Em função disto, os Tribunais brasileiros já estão decidindo pela procedência da indenização:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível

5. A princípio, a conclusão tirada é que, tradicionalmente, a doutrina segue considerando a culpa genérica ou lato sensu como pressuposto do dever de indenizar, em regra, entretanto, doutrinadores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam que a culpa genérica é um elemento acidental da responsabilidade civil. Sendo assim, trazem apenas três elementos para o dever de indenizar: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo e c) nexo de causalidade (OLIVEIRA, 2020).

> desprovida. (TJ-RS – AC: 70073665267 RS, Relator: Jorge Luís Dall' Agnol, Data de Julgamento: 20/07/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 24/07/2017).

Por outro lado, salienta-se a importância da equipe técnica psicológica e biopsicossocial. É através da perícia que será possível avaliar a existência da alienação parental. Se sim, os profissionais empenham-se em examinar a gravidade, apontar as possíveis soluções, o modo como será resolvido, dentre outras questões.

> Qualquer que seja a determinação frente à alienação parental ou qualquer ato que embarace o direito convivencial, mostra-se importante que a prova pericial produzida também indique a melhor forma com que devam ser sanados os malefícios causados à pessoa do menor e ao genitor vitimado, de forma que o juiz terá a liberdade de estabelecer, com base na orientação técnica promovida pelos profissionais que constataram a presença da alienação parental, a solução mais adequada para o caso, segundo a sua gravidade, medidas processuais e materiais, exemplificadas nos incisos do art. 6º da Lei n. 12.318/2010 (FIGUEIREDO *et al*, 2014, p.70).

O julgado abaixo demonstra como o Juiz, auxiliado pelos assistentes multidisciplinares, constatou a alienação parental:

> Responsabilidade civil. Ação de indenização. Alienação parental. Ré condenada ao pagamento de indenização fixada em R$ 5.000,00 a título de reparação por danos morais. Boletins de ocorrência que revelam patente recalcitrância da ré em permitir que o autor exercesse seu regular direito de visitação ao filho comum das partes, chegando inclusive a ponto de levar terceiro à residência paterna para desempenhar função de segurança durante as visitas. Conduta da ré que justificou o arbitramento de astreintes com o fim de preservar o vínculo entre pai e filho, bem como a extração de cópias dos autos para a instauração de inquérito policial a fim de apurar crime de desobediência, medidas de ultima ratio em ações desta natureza. Alienação parental reconhecida pelo Ministério Público e por profissionais responsáveis pela elaboração de estudo social e laudo psicológico.[6] Alienação parental caracterizada, nos termos do art. 2º, caput e par. único, I a IV da Lei nº 12.318/2010. Dano moral configurado. Indenização mantida em R$ 5.000,00. Sentença preservada (art. 252 do RITJSP). Recursos desprovidos. (TJ-SP – AC: 1034983-26.2015.8.26.0602 SP 1034983-26.2015.8.26.0602, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 10/12/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/12/2019).

Posto isto, resta claro que a alienação parental, tipificada como o ato de impedir ou dificultar o contato entre pai e filho, representa um ilícito praticado em desacordo com a ordem jurídica. Considerando que a convivência familiar é um direito fundamental previsto na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo o genitor também beneficiário desta doutrina, o seu descumprimento do gera a obrigação de indenizar. Para tal, deve ficar comprovado os aspectos atinentes à responsabilidade civil. Por último, a

6. O estudo psicossocial possibilita que a criança ou adolescente seja ouvida em seus sentimentos e desejos, como sujeito de direitos, assumindo posição ativa em prol de seus melhores interesses. O diálogo é a regra. A relação da criança com os profissionais em auxílio ao magistrado assume neste contexto uma possibilidade rica para que a criança ou adolescente compreenda o real significado de suas relações parentais. Elementar que a criança compreenda os papéis do juiz, do advogado, promotor e do profissional auxiliar. Fundamental que perceba a situação que se encontram seus pais e de que ela não é a responsável pelo conflito e nem para decidir sobre sua guarda ou visitas (DUARTE, 2010).

realização do estudo multidisciplinar é fundamental para verificar a ocorrência da alienação parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo principal analisar a legislação existente no tocante à alienação parental, no sentindo de entender a responsabilização no âmbito civil do progenitor praticante dessa violência psicológica contra o próprio filho.

Primeiramente foram abordados o conceito e o papel da família à luz de doutrinadores e do ordenamento jurídico brasileiro, como a principal encarregada pelo crescimento e amadurecimento saudável de uma criança e de um adolescente.

Também, foi explanado ainda a importância da guarda e do direito de visita no bem-estar do infante, assegurando a ele a criação e convivência com ambos os pais, que desenvolverão seus papéis, apesar do fim do relacionamento amoroso do casal.

Verificou-se que com o rompimento conturbado da vida conjugal, os filhos se encontram em meio a Alienação Parental, que consiste na maculação da imagem de um genitor por outro, podendo também, ser praticado por demais familiares que tenham contato com a criança, com o intuito de criar uma barreira entre a criança e o ascendente desmoralizado, sofrendo assim, limitações no exercício do seu poder familiar.

Reforçando a responsabilidade civil como um dever jurídico que se liga à ideia de reparar danos por um descumprimento do dever de conduta, e especificamente, no caso da responsabilidade civil do progenitor alienante, entende-se que para sua responsabilização é necessário que um ato ilícito seja cometido por este, no exercício do poder familiar.

Por todo o exposto, conclui-se que cabe ao judiciário analisar o caso concreto, atentando-se para as avaliações psicológica e biopsicossocial, bem como todas as provas colacionadas aos autos para aplicação das leis atinentes ao caso, considerando a garantia do direito à dignidade da pessoa humana e à convivência familiar, expressos na Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabricio Germano; COSTA, Isadora M. de Araújo. A reponsabilidade civil nos casos de alienação parental. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 6, n. 1, p. 156-172, Jan./Jun. de 2019.

BASTOS, Bibianne Hilário. **Alienação parenta- responsabilidade civil pelos danos afetivos sofridos pela parte alienada**. 2016. 67 fls. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em**:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm**.** Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 jul. 2021.

BRASIL**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm . Acesso em: 07 jul. 2021.

BRAZ, Marcela Pereira *et al*. Relações conjugais e parentais: uma comparação entre famílias de classes sociais baixa e média. **Scielo**, 2006 Disponível em: https://www.scielo.br/j/prc/a/5MmKWBNPjjJjbJ5bY88SMFr/?lang=pt. Acesso em: 12 jul. 2021.

CARVALHO, Alan. A família como instituição. **Brasil Escola**. Disponível em: https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/sociologia/a-familia-como-instituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

CARVALHO, Elane. A Responsabilidade Civil frente à Alienação Parental: Os danos causados e a reparação cível por parte do alienador. **Jus.com.br**, 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/74220/a-responsabilidade-civil-frente-a-alienacao-parental-os-danos-causados-e-a-reparacao-civel-por-parte-do-alienador/4. Acesso em: 05 nov.de 2021.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A Guarda dos Filhos na Separação. **IBDFAM**, 2008. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/455/A+Guarda+dos+Filhos+na+Separa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 07 nov. de 2021.

CRUZ, Lorena Alice. Direito à/da família extensa: do direito dos avós e tios à visitação de crianças e adolescentes. **Jubrasil**, 2017. Disponível em: https://cruzecruzadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/483502179/direito-a-da-familia-extensa-do-direito-dos-avos-e-tios-a-visitacao-de-criancas-e-adolescentes. Acesso em: 05 nov. de 2021.

DIAS, Carlos Alberto Ramos. **A família na formação da identidade. Orientações de futuro**. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade da Beira Interior, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Psicologia e Educação. Covilhã. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. **IBDFAM**, 2008. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+o+que+%C3%A9+isso?. Acesso em: 05 nov. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Marcos. Alienação Parental: Comentários Iniciais à Lei 12.318/2010. **IBDFAM**, 2010. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/697/novosite. Acesso em: 26 jul. 2021.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira et al. **Alienação parental.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. Mediação familiar como solução para alienação parental. **IBDFAM**, 2017. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1216/Media%C3%A7%C3%A3o+familiar+como+solu%C3%A7%C3%A3o+para+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+. Acesso em: 05 nov. 2021.

FORTUNATO, Tammy. Responsabilidade Civil em caso de alienação parental. **Pai legal.** Disponível em: https://www.pailegal.net/sap/mais-a-fundo/860-responsabilidade-civil-em-casos-de-alienacao-parental. Acesso em: 05 nov. 2021.

GALVÃO, Maria Iracema R. P.; NETO, Armando Hypolito da Silva. A alienação parental prevista na Lei nº 12.318/2010 e suas consequências. **Jus.com.br**, 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/75156/a-alienacao-parental-prevista-na-lei-n-12-318-2010-e-suas-consequencias. Acesso em: 05 nov. de 2021.

GODOY, Priscilla Y.R. de Camargo. A modalidade da Guarda Compartilhada agora é regra: inovações da nova lei. **Jus.com.br**, 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/52844/a-modalidade-da-guarda-compartilhada-agora-e-regra-inovacoes-da-nova-lei. Acesso em: 07 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IGNACIO, Julia. O que é alienação parental?. **Politize!**, 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/alienacao-parental/. Acesso em: 07 nov. de 2021.

LIRA, Wlademir Paes de. Responsabilidade civil na alienação parental, uma análise nos sistemas jurídicos. **IBDFAM**, 2015. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1060/Responsabilidade+civil+na+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+uma+an%C3%A1lise+nos+sistemas+jur%C3%ADdicos. Acesso em: 05 nov. de 2021.

MADALENO, Ana C. Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. Disponível em: https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1657-Sndrome-da-Alienao-Parental-2017-Ana-Carolina-Carpes-Madaleno-e-Rolf-Madaleno.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

MINAS, Alan (diretor). Vídeo (1h 22min 15seg). A Morte Inventada - Documentário brasileiro sobre Alienação Parental. Publicado pelo canal Fábio Pinti Carboni, 2020.

Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Qk7V0_R106Q. Acesso em: 05 jun. 2021.

MORQUECHO, Marcella B. G.. Alienação parental: analise crítica sobre a Lei 12.218/2010. **Conteúdo jurídico**, 2016 . Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46472/alienacao-parental-analise-critica-sobre-a-lei-no-12-318-2010 . Acesso em: 26 jul.2021.

MOTTA, Artur Alves da. **O casamento e a comunhão plena de vida.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 25 Abr. 2009. Disponível em: http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/3310-o-casamento-e-a-comunhao-plena-de-vida. Acesso em: 12 jul. 2021.

MOTTA, Fernanda; MOTTA, João A. Cesar da. Separação e divórcio, um dano colateral inadmissível. **Migalhas**, 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/341344/separacao-e-divorcio-um-dano-colateral-inadmissivel. Acesso em: 07 nov. 2020.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4ª ed. Editora Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Victor H. A. de. **Responsabilidade civil em furto de veículos no interior de Shopping Centers**. 2020. 33 fls. Artigo Científico (Graduação) – UNICESUMAR- Centro Universitário de Maringá Centro de Ciencia Humanas e Sociais Aplicadas, Maringá, 2020.

OLIVEIRA, Zyahana. Como conseguir a guarda unilateral do meu filho?. **Zyahana Oliveira advocacia**, 2020. Disponível em: https://zyahanaoliveira.com.br/como-conseguir-a-guarda-unilateral-do-meu-filho/. Acesso em: 07 nov. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html. Acesso em: 10 jul. 2021.

OSORIO, Fábio dos Santos. **Guarda Compartilhada**. 2009. 20 fls. Artigo Científico (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

PAI, Redação papo de. O que é e quem pode cometer alienação parental?. **Papo de pai**, 2018. Disponível em: https://papodepai.com/blog/o-que-quem-pode-cometer-alienacao-parental. Acesso em; 05 nov. de 2021.

PARANA, Tribunal de Justiça do. Adoção. **Convivência Familiar e Comunitária**, 2012. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/b47400a7-1b6d-4d84-bd74-45edf316232a. Acesso em: 07 nov. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba. 2004.

PRINCIPE, Hospital pequeno. Cinco direitos fundamentais da criança e do adolescente: você sabe quais são?. **Hospital pequeno príncipe**, 2016. Disponível em: https://pequenoprincipe.org.br/noticia/cinco-direitos-fundamentais-da-crianca-e-do-adolescente-voce-sabe-quais-sao/. Acesso em: 07 nov. 2020.

OS filhos dos outros e os filhos de ninguém são nossa responsabilidade constitucional e moral. **Prioridade absoluta**. Disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/. Acesso em: 07 nov. 2021.

RIBEIRO, Rathib Izabel R. A alienação parental de avós frente à Lei 12.398/2011. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69608/a-alienacao-parental-de-avos-frente-a-lei-12-398-2011. Acesso em: 05 nov. de 2021.

SOARES, Jucelino Oliveira. Alienação Parental e o papel do Ministério Público no seu enfretamento. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 107-172, jan./jun.2017.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Editora Metodo. 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2012.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome de alienação parental (SAP).** *In:* DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ULLMANN, Alexandra. A alienação parental não está adstrita apenas ao âmbito familiar. **Conjur**, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/alexandra-ullmann-alienacao-parental-alem-ambito-familiar. Acesso em: 05 nov. 2021.

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Simone Aparecida da Veiga[1]
Janaína Silveira Soares Madeira[2]

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a discriminação de gênero nas relações de trabalho quanto à não equiparação dos direitos das mulheres. A importância do tema se deve em razão de que assegurar a igualdade de gênero no trabalho, é uma forma de evitar e minimizar discriminações que se sucedem nas empresas, bem como, reconhecer o progresso feminino frente tantas adversidades. Assim, a pesquisa caracteriza-se como qualitativa, utilizando a pesquisa bibliográfica e documental para atender os objetivos, tendo como método dedutivo, com nível de aprofundamento explicativo. Os resultados obtidos apontam que apesar do decorrer do tempo as mulheres continuam a passos lentos da igualdade de gênero e a discriminação continua presente nas relações de trabalho, sendo necessária uma mudança estrutural na cultura das organizações.

Palavras-chave: Discriminação de gênero, Relações de trabalho, Equiparação de direitos.

INTRODUÇÃO

A discriminação e desigualdade de gênero nas relações de trabalho, traz reflexões acerca do papel da mulher no ambiente laboral, uma vez que a igualdade de direitos se resguarda num direito humano fundamental e por esse motivo, discutir sobre as principais formas de discriminação, bem como, sobre a desconstrução da cultura machista no ambiente laboral é fundamental para garantir a equidade de gênero. Desse modo, este estudo tem como objetivo analisar a discriminação de gênero nas relações de trabalho quanto à não equiparação dos direitos das mulheres.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), consagrou a igualdade entre os homens e mulheres, com legislações específicas para mulheres em diversas áreas, como no ambiente doméstico, mercado de trabalho, em matéria penal e no desenvolvimento de carreiras políticas.

Todavia, na prática, as previsões legais não têm efetividade plena na sociedade brasileira. Conforme destaca Moreira (2019), o Fórum Econômico Mundial em pesquisa realizada no ano de 2019, com participação de 153 países, apontou que o Brasil ficou em 92° no *ranking* que mensura a igualdade entre homens e mulheres.

A participação da mulher no mercado de trabalho vem crescendo expressivamente e, com isso, as responsabilidades de sustento e manutenção da família, geralmente, em uma tripla jornada de trabalho. É visível o acúmulo de tarefas enfatizando a desigualdade entre homens e mulheres, pois a cultura da sociedade sobrecarrega as mulheres nos afazeres domésticos, cuidados com os filhos e toda a responsabilidade de zelar pelo bem-estar da família.

O Estado é responsável por amparar e dar suporte às mulheres, devendo atribuir proteção especial ao trabalho feminino, baseando-se no princípio da igualdade respaldado no art. 5º, *caput,* (BRASIL, 1988), que estabelece a igualdade de todos perante a Lei. Essa busca pela igualdade, proporciona a todos os cidadãos as mesmas oportunidades sem distinção por gênero, caracterizando direito fundamental e sendo um dos pilares para a construção de uma sociedade igual, justa e democrática.

1. Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille.
2. Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille.

Com efeito, tem-se que atos discriminatórios tem como finalidade afirmar uma superioridade e sustentar privilégios de um grupo específico em relação a outro. As desigualdades na sociedade brasileira são inúmeras e, no mercado de trabalho não é diferente, sendo evidente a discriminação entre homens e mulheres, considerando as condições de trabalho, salários, carga horária, oportunidade de seleção, carreira e crescimento profissional, entre outras.

Devido a fatores biológicos, a presença da mulher no mercado de trabalho era mínima antes da Revolução Industrial, por ser considerada mais fraca fisicamente em comparação aos homens e a todas as questões relacionadas à maternidade, devido ao afastamento do trabalho para cuidar da família. E, quando inserida no ambiente laboral, era sujeitada a condições precárias de trabalho, com salários irrisórios com diversos tipos de assédio. Após esse importante marco muita coisa mudou, porém, de forma lenta e gradual, sendo certo que muito, ainda, precisa ser feito para se alcançar a igualdade de gênero.

Ocorre, ainda, ampla distância entre os fatos e o direito a igualdade de gênero, mesmo com a Carta Magna de 1988 estabelecendo a igualdade entre homens e mulheres, é notório que apenas a previsão na legislação não é suficiente. Com o progresso da legislação, mesmo com a presença de garantias e direitos com relação ao gênero feminino, perdura a dominação e a discriminação em relação à mulher.

Assim, o presente artigo inicia discutindo a diferença entre gêneros que lesa os princípios da igualdade e da dignidade, abordando temas sobre a divisão do trabalho baseada no gênero, descrevendo sobre a proteção da mulher no trabalho e suas múltiplas jornadas de trabalho. Em seguida, demonstra-se que o mercado de trabalho não é o único desafio para as mulheres, que a proteção a gravidez e a maternidade é um direito da mulher, bem como, a licença maternidade e a estabilidade gestacional. Logo após, discorre-se sobre as obrigações legais, para uma maior segurança da mulher, quanto as práticas antidiscriminatórias e equiparação salarial entre gêneros.

1. DIFERENÇA ENTRE GÊNERO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE

O trabalho é um direito humano e fundamental, dispondo às pessoas desse direito, bem como, as condições equitativas e satisfatórias de trabalho e a proteção contra o desemprego (LEITE, 2018). A igualdade entre homens e mulheres é um direito fundamental e pressupõe que a dignidade da pessoa humana esteja presente de maneira intrínseca e que faça parte tanto do gênero masculino quanto do feminino. A dignidade humana deve fazer parte das relações trabalhistas, como diz Leite (2018, p. 93):

> O conceito de dignidade da pessoa humana se encaixa como uma luva no âmbito de qualquer relação de trabalho, sobretudo nas relações empregatícias, tendo em vista o estado de subordinação a que fica submetido o empregado diante do poder empregatício do tomador dos seus serviços.

Sendo assim, resta claro que a igualdade apta a enfrentar o tratamento discriminatório, é uma igualdade qualificada ou seja, de acordo com as palavras de Mello (2012, p. 12):

> O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas

> legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente complexo de obrigações e direitos.

O princípio da dignidade, por ser um princípio fundamental, é considerado como supremo entre todos os demais princípios que norteiam as regras jurídicas e se encaixam no âmbito do trabalho. Na esfera laboral, Uchôa (2016), descreve sobre a discriminação praticada contra a mulher, aquela que, por suas particularidades hipossuficientes do pacto laboral, sofre os impactos da discriminação de forma duplicada, sendo dimensão de trabalhadora e, mais crítico, pela condição humana de gênero feminino.

No Brasil, as disparidades de gênero são preocupantes e estão longe de atingir um nível minimamente aceitável de convívio equitativo entre homens e mulheres. Uchôa (2016), também descreve sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos, que estabelece o princípio de não discriminação e que toda pessoa tem todos os direitos e liberdades, sem distinção alguma, incluindo a distinção por gênero, proclamando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Portanto, para Uchôa (2016, p. 21), “a eliminação da discriminação de gênero está inserida no rol dos grandes desafios da sociedade”. As práticas da discriminação que vão contra a mulher, principalmente aquela trabalhadora, é uma forma peculiar de abuso. Logo, os princípios da igualdade e da dignidade são basilares para se perseguir a igualdade entre homens e mulheres, sendo certo que excedem os limites triviais do pacto de regras jurídicas.

A própria cultura da sociedade gera a exclusão das mulheres e por mais que existam algumas normas jurídicas que promulgam a igualdade, é fácil observar que a desigualdade entre os gêneros está longe de se dissolver.

2. DIVISÃO DO TRABALHO BASEADA NO GÊNERO

A divisão de gênero no trabalho ultrapassa as relações sociais e é primordial na sua estruturação e segundo Hirata e Kergoat (2007), pesquisas vêm ganhando espaço e reconhecimento ao longo dos anos e aos poucos, estudos passaram a tratar o trabalho doméstico como atividade de trabalho, assim como o trabalho profissional, originando o termo ‘divisão baseado no gênero’.

As autoras asseveram que a conscientização da opressão sofrida, deu início ao movimento das mulheres, formando o coletivo, com a noção que a maior parte do trabalho é realizada de forma gratuita pelas mulheres, sendo este invisível e que, em nome do amor, ele é realizado baseado em sua natureza do amor materno, trabalho este que é para os outros e não para ela mesma.

Apesar de ser tratada como uma ‘questão das mulheres’, a igualdade de gênero deve ser sempre vista como uma pauta coletiva, onde todos participam, inclusive os homens, pois se trata de direitos humanos, neste sentido destacam Hirata e Kergoat (2007, p. 597):

> Foi com a tomada de consciência de uma ‘opressão’ específica que teve início o movimento das mulheres: torna-se então coletivamente ‘evidente’ que uma enorme massa de trabalho é efetuada gratuitamente pelas mulheres, que esse trabalho é invisível, que é realizado não para elas mesmas, mas para outros, e sempre em nome da natureza, do amor e do dever materno.

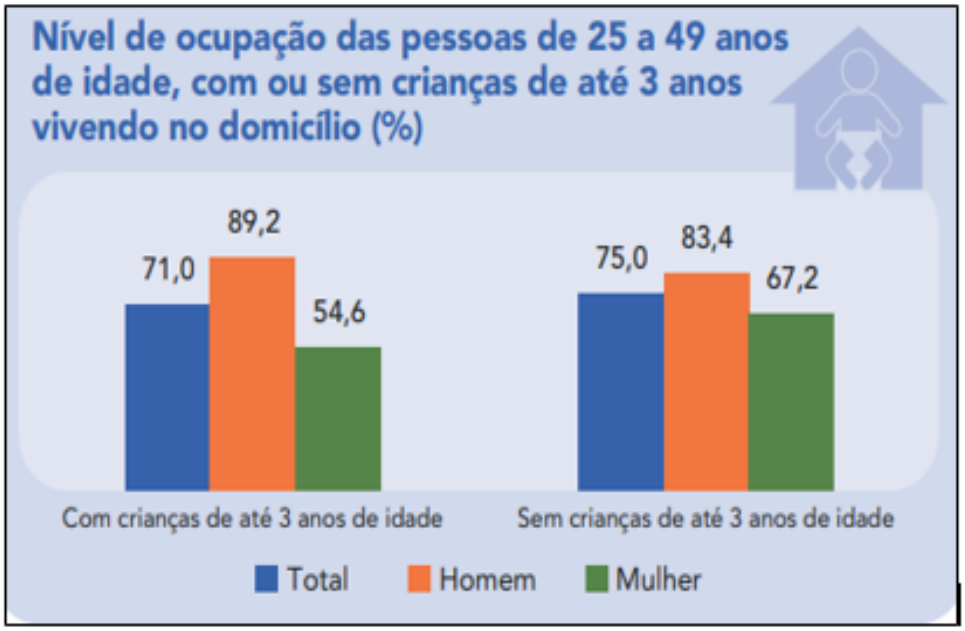
Biroli (2018), enfatiza que mesmo com escolarização maior que a dos homens e das mudanças nos padrões de incorporação da mulher no mercado de trabalho com remuneração, ainda, se observa significativa diferença salarial, em média de 25%. A divisão por gênero, desigualdade de direitos e responsabilidades, advém, também, da estrutura familiar patriarcal, onde as mulheres são destinadas à 'reprodução' e aos afazeres domésticos, bem como aos cuidados com a família, enquanto o papel do homem é o de 'provedor'. Historicamente, a mulher sempre foi subjugada ao homem, ficando limitada às margens da sociedade para cumprir sua finalidade "natural", mas aos poucos, lutou por mais espaço em ambientes predominantemente masculinos, porém, com isso, ainda vieram novas barreiras a serem superadas.

Muitos empregadores permanecem adotando práticas discriminatórias e consideram as mulheres como uma força de trabalho mais cara, alegando que por serem mães, se ausentam com mais frequência do trabalho que os homens, principalmente, em períodos de licença maternidade, onde é preciso realizar substituições, o que adiciona custos extras para a empresa.

Assim, percebe-se, que, ainda hoje, as mulheres continuam ocupando prioritariamente atividades relacionados a estrutura familiar, como exemplo, cuidados com crianças e ou idosos, afazeres domésticos, atividades de professora e de tempo parcial. Enquanto os homens assumem melhores cargos e funções nas áreas de tecnologia, exatas, com remunerações mais relevantes.

Em 2019 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021) realizou uma pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua, destacando características importantes:

Gráfico 01 – Nível de ocupação das pessoas entre 25 a 49 anos



Fonte: IBGE (2021).

Percebe-se que há uma significativa diferença entre o número de homens e mulheres, entre 25 a 49 anos de idade, inseridos em ocupação, o que é agravado quando

no domicílio moram crianças de até 3 anos de idade. De acordo com a pesquisa do IBGE (2021), essa diferença entre homens e mulheres, chegou a ser de 34,6 pontos percentuais, no ano da pesquisa, estando, dessa forma, as mulheres em percentual expressiva fora do mercado de trabalho.

Para proteger a mulher nas relações de trabalho, foram criadas leis protetivas para evitar a discriminação quanto a divisão sociossexual. Neste sentido explica Eleutério (2017), que pelo fato de a mulher ter sido tão discriminada ao longo da história, a norma constitucional deixa claro a tentativa de reparação ao proibir as condutas de diferenças salariais e de qualquer outra forma de discriminação contra a mulher. Por isso é de suma importância a igualdade de gênero, que para a autora:

> [...] é a base da democracia e, nesta senda, o caráter protetivo é justamente para se evitar a desigualdade de gênero, porquanto, até então, a mulher era vítima das mais variadas formas discriminatórias, sobretudo no âmbito do trabalho, o que motivou o Poder Constituinte, originário a garantir a proibição de qualquer forma de discriminação. (ELEUTÉRIO, 2017, p. 140).

Todas as pessoas devem atuar de maneira conjunta em todos os espaços, não ignorando, é claro, as diferenças biológicas entre elas, sem necessariamente atribuir um valor de maior importância entre as suas ações. Não obstante, na prática, essa não é a realidade encontrada, como descreve Uchôa (2016, p. 22):

> [...] apesar de existir, no Brasil, uma lei de combate à violência contra as mulheres em âmbito doméstico-familiar - Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) -, não há, todavia, uma proteção mais ampla voltada à conciliação das vidas pessoal, familiar e laboral da trabalhadora vitimada, tampouco uma lei totalmente inclinada à garantia das condições de igualdade de oportunidade e tratamento entre os gêneros. Em outras palavras, inexiste consolidado, no cenário nacional, o ideário feminista da corresponsabilidade, suscetível a pautar a equilibrada divisão solidária dos papéis sociais entre mulheres e homens, atribuindo-se importância correlata tanto ao espaço do domínio público quanto ao de domínio privado.

Portanto, nessa relação de tratamento entre homens e mulheres deve sempre haver justiça, pois há uma perspectiva de comparação de responsabilidades dentre as diversas atividades, sendo estas tanto nos espaços públicos ou privados como alega (UCHÔA, 2016).

3. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Para que se tenha igualdade entre os gêneros de acordo com as palavras de Fuloni (2018), é necessário muito mais do que a igualdade formal, onde todos são considerados iguais perante a Lei, principalmente, em uma sociedade plural, como a brasileira.

Essa igualdade entre homens e mulheres, não é apenas uma questão de direitos humanos, mas, também, de caráter social, onde surge uma discriminação positiva, seja por exigência legal, medida estatal ou mesmo econômica, com a finalidade de trazer minorias para as instituições, praticando a inclusão como um ato compensatório (FULONI, 2018). Assim, o Estado pode interferir criando uma situação desigual, para dar equilíbrio em casos futuros, através de uma desigualdade atual, buscando equilibrar situações de desfavorecimento social.

Para Moreira (2015), se faz necessário a discriminação positiva, para compensar e restabelecer os direitos do trabalho feminino, que foram lesados no decorrer dos últimos séculos. As mulheres foram historicamente prejudicadas, sem paridade no acesso ao mercado de trabalho, principalmente, em cargos superiores, promoções e igualdade salarial, desta forma, a legislação brasileira criou dispositivos com a finalidade de garantir e amparar o trabalho das mulheres, a fim de minimizar os desequilíbrios existentes.

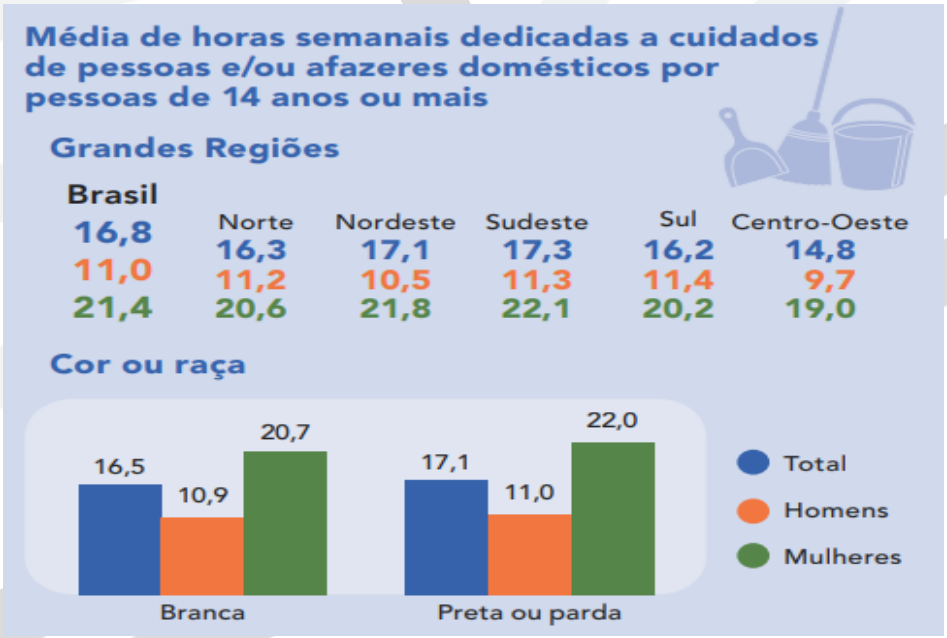
Assim, a CLT (BRASIL, 1943), aborda em seu Capítulo III, normas relativas a proteção do trabalho da mulher, restando estabelecido no seu artigo 372 que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída na Lei.

3.1 Jornada de trabalho da mulher

A norma especial protetiva ao trabalho da mulher, disposta no art. 373, da CLT (BRASIL, 1943), estabelece que a duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto, nos casos para os quais for fixada duração inferior. Todavia, tem-se certo que as mulheres se ativam em jornadas extras, inclusive, jornadas extras além daquelas que são fixadas e praticadas no ambiente laboral.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019, realizada pelo IBGE (2021), ficou constatado que as mulheres dedicam quase o dobro do tempo do que os homens, para realizar afazeres domésticos ou cuidar de pessoas, sendo 21,4 horas para as mulheres e 11,0 horas para os homens:

Gráfico 02 – Horas semanais dedicados a afazeres domésticos



Fonte: IBGE (2021).

Percebe-se que essa dedicação desigual de gênero nos afazeres domésticos é, ainda, mais acentuada quando se analisa o corte racial, eis que para as mulheres pretas ou pardas se constatou o envolvimento com o cuidado de pessoas e afazeres domésticos próximo a 22,0 horas semanais, em comparação a mulheres brancas que atinge 20,7 horas semanais no ano de 2019.

É evidente que as múltiplas jornadas em que a mulher se ativa ao longo do dia, seja no trabalho formal e/ou nos afazeres domésticos e cuidados com pessoas da família impacta significativamente na sua inserção e progressão no mercado de trabalho, chancelando, ainda, práticas discriminatórias.

Há que se ressaltar, inclusive, que havia na CLT (BRASIL, 1943), previsão de descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho da mulher, todavia, tal previsão legal do art. 384, da CLT, foi expressamente revogada com a vigência da Lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista.

Por outro lado, atualmente, permanece vigente o art. 386 da CLT (BRASIL, 1943), que determina que havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. É uma norma que se destina não só a proteger o trabalho da mulher, mas, do mesmo modo, preservar o bem-estar da entidade familiar, sendo certo que configura ofensa ao direito individual da mulher que se torna isolada de seu meio social e familiar, quando inobservado seu direito as folgas. Neste sentido, já foi o tema tratado na jurisprudência:

> *TRABALHO DA MULHER. ESCALA DE REVEZAMENTO QUINZENAL PARA O TRABALHO AOS DOMINGOS. A concessão do repouso aos domingos apenas a cada três semanas para as mulheres, viola direito assegurado no art. 386 da CLT ""Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical." Tal fato afeta a convivência de uma família e de uma comunidade, o que dificulta relacionamentos e promove o isolamento.* ***A conduta gera efeitos não apenas no aspecto individual de uma trabalhadora, mas na visão macro, da sociedade, uma vez que a mulher que se isola no trabalho deixa de ser cidadã, mãe, irmã, filha, enfim, deixa de cumprir outros papéis que são essenciais de igual forma ao papel da trabalhadora, sendo necessário o equilíbrio para a formação da sociedade livre, justa e igualitária que buscamos.*** *Destaco que a Convenção nº 106 da OIT, ratificada pelo Decreto nº 58.823/66, preceitua que o dia de repouso, se possível, seja compatível com o dia consagrado pela tradição de cada país como dia de descanso, preservando, desse modo, a convivência humana, o bem-estar do trabalhador e da coletividade em geral* (TRT12 - RORSum - 0000880-68.2020.5.12.0054, Jose Ernesto Manzi, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 10/05/2021) (grifou-se).

Ora, sabe-se que as mulheres, em sua grande maioria, acumulam múltiplas jornadas, dessa forma, o controle da jornada de trabalho da mulher visa não apenas o descanso físico, mas, também, possibilitar que as trabalhadoras tenham uma plena vida social, encontrando seus familiares, amigos e usufruindo de todas as facetas de sua personalidade, sendo respeitada como trabalhadora, mãe, filha, esposa, entre outros e, assim, tendo respeitada à dignidade humana, merecendo tratamento diferenciado considerando as peculiaridades entre ambos os gêneros, autorizando o tratamento diferenciado.

3.2 Condições especiais para o trabalho da mulher

Todas as empresas devem promover condições adequadas ao trabalho da mulher, A CLT, no art. 389, incisos de I a IV (BRASIL, 1943), dispõe que toda empresa é obrigada a prover medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente; instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; a instalar vestiários com

armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences.

Toda a empresa, ainda de acordo com a CLT, no art. 389, incisos de I a IV (BRASIL, 1943), deve bem como, fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

Importante previsão legal se encontra no art. 389, parágrafo 1°, da CLT (BRASIL, 1943), quando estabelece que nas empresas onde trabalham mais de 30 mulheres, sendo estas maiores de 16 (dezesseis) anos de idade, deverão ter local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Na forma do art. 389, parágrafo 2°, da CLT (BRASIL, 1943), essa exigência de manter local apropriado pelo empregador, poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

Há que se ressaltar, também, que o art. 390 da CLT (BRASIL, 1943), impõe no trabalho da mulher a limitação à movimentação de carga, sendo vedado o exercício de funções que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho continuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Ora, essas condições especiais fixadas para o trabalho da mulher, buscam garantir que a grande quantidade de mulheres que se inseriram na força de trabalho, tenham condições dignas para laborar em igualdade de oportunidades com os homens, considerando, principalmente, que a igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, ou seja, a mulher deve ter seu trabalho protegido legalmente de forma especial como consequência das suas singularidades de ordem fisiológica e social.

3.3 Proteção ao estado civil e familiar, gravidez e maternidade

A CLT, em seu art. 391 (BRASIL, 1943), estabelece expressamente a proteção ao estado civil e familiar, protegendo a mulher que decide contrair matrimônio ou encontrar-se em estado de gravidez, vedando a rescisão do contrato de trabalho por estas circunstâncias. É proibido, inclusive, constar em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

A proteção à maternidade é ampla no ordenamento jurídico brasileiro, havendo previsão constitucional, na alínea b, do inciso II, do art. 10 (BRASIL, 1943), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acerca da estabilidade da gestante no emprego, desde a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, até 5 (cinco) meses após o parto, na forma do que prevê o art. 391-A da CLT (BRASIL, 1943) e Súmula 244 do TST (BRASIL, 2012).

Assevera-se, inclusive, que a estabilidade no emprego, conforme previsão do parágrafo único, do art. 391-A da CLT (BRASIL, 1943), se estende aos casos de adoção, quando houver sido concedida guarda provisória.

É evidente que no período gestacional, a mulher está mais vulnerável, logo, necessita de cuidados especiais e de proteção devido ao seu estado, principalmente levando em conta todas as dificuldades que enfrenta no mercado de trabalho, logo, faz jus a garantia de emprego, não podendo ser injustamente dispensada. A finalidade é justamente dar à gestante proteção de caráter social. Conforme Martins (2015, p. 465):

> Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem sim, o empregado, o direito ao emprego de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

O benefício da licença maternidade é outro direito da mulher, sendo garantido seu afastamento do trabalho por 120 dias (cento e vinte) dias, sem que isso prejudique seu contrato de trabalho, nem seu salário, nos termos do art. 392 da CLT (BRASIL, 1943).

Para exercer esse direito a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste, sendo que os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. Assevera-se que o mesmo direito se entende a mãe adotiva, ou responsável que possua a guarda legal.

Há que se asseverar que é garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho, bem como, a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares, conforme expressamente previsto no parágrafo 4º, do art. 392 da CLT (BRASIL, 1943).

Ademais, de acordo com o art. 395, da CLT (BRASIL, 1943), mesmo em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Impende asseverar que pensando nos avanços sociais e no direito da criança a ser amamentada até os 6 meses de vida, como recomenda a Organização Mundial da Saúde (OMS), foi criado o programa Empresa Cidadã, conforme a Lei 11.770/2008 (BRASIL, 2008), podendo o prazo da licença maternidade ser aumentada por mais 60 dias, mediante benefícios fiscais para o empregador.

Todavia, esse benefício somente pode ser implementado por algumas empresas que atendem os requisitos legais, logo, exclui uma fração considerável de mulheres, visto que para micro e pequenas empresas, por exemplo, se torna oneroso manter os salários maternidade.

Por fim, importante destacar que o art. 396, da CLT (BRASIL, 1943), prevê o direito ao intervalo para amamentação, inclusive do filho advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, assim, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. E, quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade

competente, sendo garantido que esse intervalo será definido em acordo individual entre a mulher e o empregador.

Isto posto, a gestante possui significativa proteção, o que traz segurança para a mulher que precisa conciliar a vida de mãe e profissional, sendo certo que após o nascimento de seu filho, a mulher se depara com outros diversos desafios particulares, pois a sua presença é de extrema importância para o desenvolvimento integral da criança que acabou de nascer, principalmente nos primeiros anos de vida. Portanto, a garantia da proteção ao trabalho da mulher, visa assegurar todos os seus direitos, principalmente quando se encontra no período gravídico-puerperal.

3.4 Práticas antidiscriminatórias

Com o objetivo de corrigir as distorções que por muitas vezes afetam a inserção da mulher no mercado de trabalho, a Lei 9.799/1999 inseriu o art. 373-A na CLT (BRASIL, 1943), vendando, diversas condutas e práticas consideradas discriminatórias.

Neste sentido, de acordo com essa Lei, é vedado ao empregador publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez e proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Neste contexto, o empregador que adotar práticas discriminatórias, poderá ser responsabilizado civil, criminalmente e administrativamente, tanto que, no parágrafo único do art. 373-A da CLT (BRASIL, 1943), garante-se a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Ademais, tem-se que esses comportamentos discriminatórios no mercado de trabalho entre mulheres e homens impondo condições ou privilégios no emprego com base unicamente no gênero e a segregação ou limitação baseada em tal característica priva a trabalhadora de oportunidades, sendo certo que as normas de proteção ao trabalho da mulher têm como objetivo compensar essa diferença entre os gêneros. Essas regras levaram tempo a serem conquistadas, tendo como propósito gerar uma compensação às diferenças biológicas e sociais, diminuindo a desigualdade entre os gêneros.

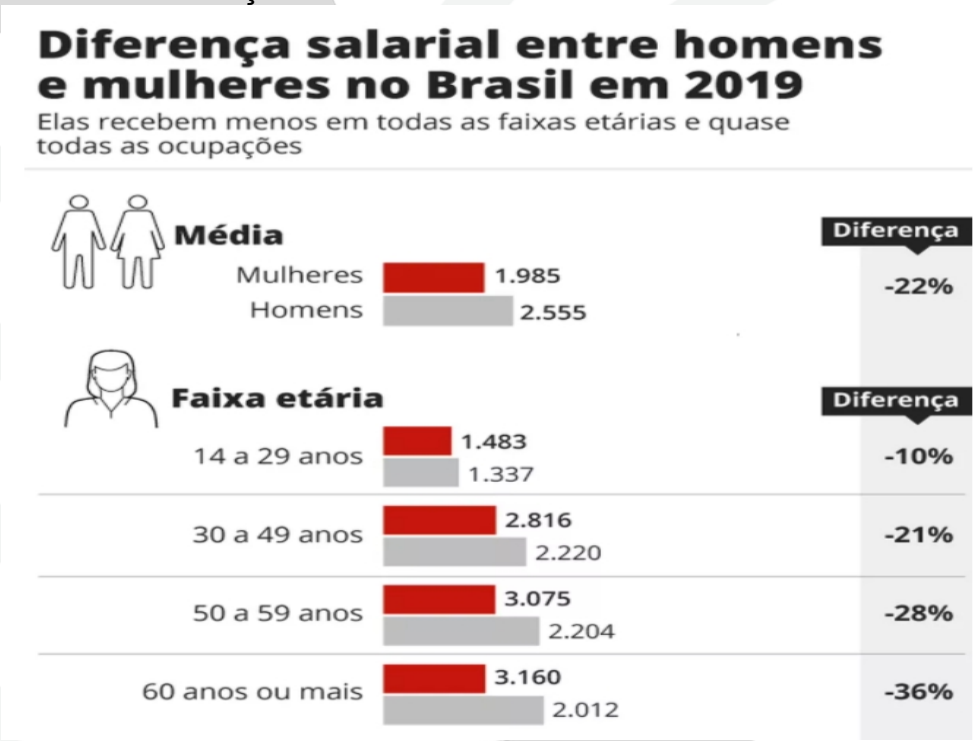
3.5 Discriminação salarial entre gêneros

A desigualdade de remuneração entre os gêneros no Brasil é gritante, sendo urgente a necessidade de intervenção para promover a igualdade eliminando assim, a discriminação salarial. É um direito do trabalhador a equiparação salarial, se aplicando a isonomia salarial, onde os profissionais recebem os mesmos salários quando exercerem as mesmas funções, independente do gênero.

A CLT prevê a equiparação salarial, no art. 461 (BRASIL, 1943), que corresponde a igual salário, sem qualquer diferenciação de gênero, etnia, nacionalidade, ou idade, nos casos em que o trabalhador exercer uma função idêntica, com trabalho de igual valor, que é prestado ao mesmo empregador e estabelecimento. Quando se trata de equiparação salarial entre homens e mulheres, a diferença ainda é expressiva, o IBGE (2021), divulgou estatísticas de 2019, onde a taxa de ocupação das mulheres subiu, mas ainda inferior, comparada à dos homens. A taxa de participação das mulheres na força de trabalho ficou em 54,5%, enquanto a dos homens em 73,7%.

Além dessa diferença na participação no mercado de trabalho, as mulheres ainda continuam recebendo menos que os homens, a média de rendimento habitual de todos os trabalhos em 2019 em se tratando das mulheres ficou em torno de R$1.985,00. Aproximadamente 22% a menos do que a média dos homens de R$2.555,00. Segundo o IBGE (2021), as mulheres receberam menos em todas as faixas etárias:

Gráfico 03 – Diferença salarial entre homens e mulheres no Brasil em 2019



Fonte: IBGE (2021).

Ocorre que, mesmo com tanta disparidade, de acordo com o IBGE (2021), as mulheres, possuem maior nível de graduação. Na faixa etária de 25 a 34 anos, a diferença entre homens e mulheres é de 6,8 pontos percentuais, sendo que 25,1% das mulheres possuem nível superior concluído, enquanto os homens apenas 18,3%.

Nos mesmos postos de trabalho, ainda, segundo o IBGE (2021), em cargos de gerência e diretoria, a remuneração das mulheres é 38% menor do que a remuneração dos homens. Entre outras profissões, o cenário não ficou diferente, tanto nas áreas das ciências e intelectuais, quanto nas de serviços, comércios, mercados, operários, profissionais da construção ou da mecânica e áreas correlacionadas, o que estas profissões têm em comum, é que recebem 36% a menos que os homens.

O mercado brasileiro ainda é injusto e abusivo com as mulheres, desde a quantidade e preferências dos cargos disponíveis, quanto para a remuneração, sendo inconcebível aceitar as diferenciações de salários e oportunidades de ascensão do trabalho da mulher. Uma das principais motivações para essa desigualdade, advém da cultura brasileira e do preconceito.

Enquanto as mulheres tiverem as principais funções domésticas e de cuidados com a família, voltados para ela somente, a desigualdade está longe de ser dizimada. Portanto, é necessária a ampla proteção ao trabalho da mulher, mormente se considerada a notória a ascensão do trabalho feminino na sociedade moderna, logo, deve-se haver aumento de proteção das relações trabalhistas havidas, no intuito de se adequar à ordem constitucional.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Devido às ocorrências vivenciadas na carreira profissional, com algumas situações de discriminação e desigualdade, é que surgiu a opção pelo tema em estudo, pois todos os dias mulheres passam por estas situações, onde nada é feito, sem nenhum amparo dentro do próprio ambiente de trabalho.

Situações em que mulheres atuam em tripla jornada no mercado de trabalho ou que ganham menos que homens, realizando as mesmas funções e por muitas vezes, com uma escolaridade superior, atualmente é recorrente. Isso motivou o aprimoramento do tema, trazendo reflexões acerca da cultura machista no âmbito laboral, bem como da legislação direcionada a esse gênero, enfatizando a discriminação nas relações de trabalho e a equiparação dos direitos.

Trata-se então, de uma pesquisa com abordagem qualitativa. De acordo com Lakatos e Marconi (2011), tem como finalidade analisar e interpretar aspectos mais profundos de uma pesquisa, com o fornecimento mais detalhado sobre as investigações, hábitos, atitudes, tendências e comportamentos.

> A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019, p. 130).

Assim, buscou-se através da pesquisa bibliográfica, referências a respeito do tema em estudo, a partir de livros e artigos, teses, dissertações, disponíveis em acervos públicos, particulares e ambientes virtuais, dentre outros meios de comunicação pertinentes. A pesquisa bibliográfica, segundo Gil (2017, p. 34):

> Em algumas áreas do conhecimento, a maioria das pesquisas é realizada com base principalmente em material obtido em fontes bibliográficas. É o caso, por exemplo, das pesquisas no campo do Direito, da Filosofia e da Literatura. Também são elaboradas principalmente com base em material já publicado, às pesquisas referentes ao pensamento de determinado autor e as que se propõem a analisar posições diversas em relação a determinado assunto.

Neste sentido, a pesquisa bibliográfica é um pressuposto fundamental para o desenvolvimento do presente artigo, mostrando-se como um instrumento eficaz para a execução deste estudo.

Também se utilizou da pesquisa documental, ao acrescentar documentos jurídicos que se baseiam em materiais que não auferiram um trato analítico ou que podem ser reestruturados conforme com os propósitos da pesquisa. Segundo Gil (2017, p. 35):

> A pesquisa documental é utilizada em praticamente todas as ciências sociais e constitui um dos delineamentos mais importantes no campo da História e da Economia. [...] a pesquisa documental vale-se de toda sorte de documentos, elaborados com finalidades diversas, tais como assentamento, autorização, comunicação etc.

O método utilizado é o dedutivo, que tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas; se estas são verdadeiras, a conclusão deve ser verdade. Conforme Gil (2008, p. 09), esse método “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica”.

Para não comprometer a veracidade de uma conclusão, neste método é fundamental a relação lógica entre as proposições apresentadas, assumindo como verdadeiras as premissas, então, conforme Mezzaroba e Monteiro (2019, p. 89), “quando você adota o método dedutivo, o que irá fazer é ter um conjunto de premissas que deverão fundar todos os procedimentos que você optou por utilizar”.

O nível de aprofundamento é o explicativo, com o objetivo de conectar as ideias, tentando identificar fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos. Corroborando com essa narrativa Gil (2002, p. 42), diz que “essas pesquisas têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Esse é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diferenças biológicas entre homens e mulheres, historicamente, ensejaram a inferiorização e desvalorização da força de trabalho da mulher, sendo certo que o peso das responsabilidades familiares no Brasil desequilibra as oportunidades femininas no mercado de trabalho.

Por tais motivos, há necessidade da proteção ao trabalho da mulher o que foi estabelecido pela CLT de 1943 com a reserva de um capítulo especial intitulado "Da Proteção ao Trabalho da Mulher". Na mesma linha de raciocínio, a Constituição de 1988 prevê o princípio da igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, I), a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX), proibição da diferença de salários, exercício de funções e critérios da admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, XXX).

As reflexões acerca da divisão sexual no trabalho, possibilitam o entendimento das diferenças de gênero no mercado de trabalho e todas as desigualdades que as mulheres ainda precisam suportar, se submetem, para se manterem dentro das organizações. As mulheres suportam as diferenças salariais, as condições de trabalhos impostas e o desmerecimento das atividades realizadas no contexto doméstico e familiar.

Isto posto, tem-se certo que é fundamental o fortalecimento das políticas públicas e das organizações, para que ocorra de fato a igualdade de gênero no âmbito profissional. Com o passar das décadas e de todos os avanços das mulheres, ao ampliar sua participação no emprego formal e em profissões que exigem educação superior, ainda

persiste a desigualdade, mesmo com a conquista da proteção legal e independência econômica.

A igualdade de direitos entre gênero e a proteção da maternidade através da perspectiva da legislação trabalhista, foram positivadas na Constituição para combater à discriminação de gênero. A CLT tem como finalidade, proporcionar garantias ao seu trabalhador em todas as formas, com o objetivo das particularidades de cada indivíduo, como é o caso do trabalho das mulheres. A atuação do Estado é imprescindível para a aplicação das leis e dos princípios que comandam o ordenamento jurídico.

No desenvolvimento da democracia, a participação das mulheres no processo decisório é fundamental na busca da pluralidade e diversidade próprios da cidadania. No entanto, mesmo levando em consideração todo o progresso das mulheres na busca pela igualdade de gênero, ainda na maioria dos casos, ocupam cargos de menor potencial de decisão, decorrência de um sistema patriarcal que ainda se perpetua atualmente.

O princípio constitucional da isonomia se destaca frente às normas asseguradoras dos direitos das mulheres, garantindo oportunidades iguais, considerando as suas condições diferentes, objetivando a minoração das desigualdades no âmbito do trabalho e principalmente nas diferenças salariais.

Desse modo, a análise das relações de gênero, permite a compreensão das estruturas hierárquicas entre homens e mulheres nas organizações e também na sociedade, demonstrando de forma explícita a desigualdade e a discriminação do trabalho da mulher.

Conclui-se veementemente, portanto, que a discriminação de gênero e a desigualdade são problemas estruturais e de toda a sociedade, que afetam não somente as mulheres, mas também todos a sua volta. Valorizar e dar o devido reconhecimento ao trabalho das mulheres é fundamental para o fortalecimento da democracia no país, para que a aplicação dos direitos humanos, fundamentais e trabalhistas tenham efetividade.

No tocante às relações de emprego, fortemente influenciadas por disparidades nas relações entre os gêneros com tratamento sistemático de certos empregados de forma diferenciada, as discriminações positivas são adotadas com o ideal de concretização da igualdade através da sua promoção, visando induzir transformações na própria cultura empresarial onde as disparidades se identificam. Suas medidas importam em um tratamento preferencial, promocional, favorável, dirigido aos grupos historicamente desfavorecidos, com o objetivo de equalizar, equilibrar o nível entre estes e os que se beneficiam com a sua exclusão.

Neste contexto, importante destacar que as ações afirmativas representam uma das estratégias de política social destinadas a eliminar as desigualdades entre os gêneros no mercado de trabalho, sendo certo que deve-se lutar por uma nova concepção de gestão de pessoas e também de uma moderna cultura organizacional por parte das empresas, tendo como principal objetivo a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento entre os gêneros, contribuindo para o alcance de uma sociedade mais justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. Divisão sexual do trabalho. *In*: BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades limites da democracia no Brasil.** São Paulo: Boitempo, 2018. 252 p.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),

aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 244**. Gestante. Estabilidade Provisória (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. In: Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: https://www3.tst.jus. br/jurisprudencia/ Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Estabelece sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Estabelece o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença maternidade mediante concessão de incentivo fiscal e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov .br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l1 1770.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Estabelece à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http: //www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421 .htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.** Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l9 799.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del54 52.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges. **(Des) Igualdade de gênero nas relações do trabalho**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 176 p.

FULONI, E. **Discriminação positiva.** Você sabe mesmo o que significa? Clique Juris. out/2018. Disponível em: http://cursocliquejuris.com.br/blog/discri minacao-positiva-voce-sabe-mesmo-o-que-significa/. Acesso em: 06 maio 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 192 p.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 200 p.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 176 p.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièli. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho.** v. 37 n. 132 p. 595-609, set./dez. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. 2 ed. n.38. 2021. Disponível em: https://biblioteca .ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 01 maio 2021.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 320 p

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 911 p.

MALLET, Estevão. **Igualdade e discriminação em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. 136 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 989 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Biblioteca da Univille. 2019. Disponível em: https:// integrada. minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/. Acesso em: 25 nov. 2020.

MOREIRA, Assis. **Brasil precisa de mais de 59 anos para ter igualdade de gênero**. In: Valor Investe. Brasil e Política. dez/2019. Disponível em: https:// valorinveste.globo. com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2019/12/17/brasil-precisa-de-mais-de-59-anos-para-ter-igualdade-de-genero.ghtml. Acesso em: 25 abr. 2021.

MOREIRA, Adilson. **Antidiscriminação.** Teoria e prática. Campinas: Contracorrente, 2015. 800 p.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil**: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo normativo espanhol. São Paulo: LTR, 2016. 245p.



A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE EM CONTRATOS TEMPORÁRIOS SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL DO TST

Thaina Aline Wehmuth[1]
Luis Felipe do Nascimento Moraes[2]

Resumo: O presente artigo trata do cabimento da estabilidade provisória da gestante nos contratos por tempo determinado e temporário a partir da aplicação da Súmula 244 do TST. O impacto do tema advém da necessidade de esclarecer em quais espécies de contrato de trabalho é cabível a estabilidade da gestante. Tem por objetivo geral discutir a aplicação da estabilidade provisória da gestante em contrato temporário. Quanto à metodologia, a abordagem utilizada é qualitativa com pesquisa do tipo bibliográfica e documental, a partir do método dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A pesquisa apresentou como resultados a análise de duas correntes de entendimento do TST, sendo uma corrente majoritária pela aplicação da estabilidade provisória da gestante à todas as espécies de contratos determinados, inclusive, aos contratos temporários e, a corrente minoritária sobre a não aplicação da estabilidade provisória aos contratos temporários, pois em caso de aplicação a natureza do objeto contratual se perde.

Palavras-chave: Estabilidade provisória da gestante. Súmula 244 do TST. Contrato por prazo determinado. Contrato temporário.

INTRODUÇÃO

A garantia da gestante com relação à manutenção do contrato de trabalho existe por questões principiológicas de forma que há, nos direitos tutelados, o intuito de proteger e garantir direitos fundamentais como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à maternidade e ao nascituro.

Proveniente do art. 7º, I da Constituição Federal de 1988 e, em conjunto com o art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade provisória da gestante tem parte da matéria regulada pela Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, onde determina a aplicação da garantia a todas as espécies de contrato por prazo determinado, além de esclarecer o conflito existente sobre a ciência da gestação por parte do empregador.

Em 2012 a Súmula 244 do TST teve o item III alterado de forma a dispor que a estabilidade provisória da gestante é passível de aplicação e cabimento a todas as espécies de contrato de trabalho, inclusive, aos de prazo determinado. Portanto, ao ser matéria sumulada, o entendimento é pela aplicação da estabilidade a toda e qualquer espécie de contrato de trabalho, seja indeterminado, de aprendizagem, de experiência ou temporário.

A estabilidade provisória tem caráter temporário e, quando incide num contrato de trabalho que também possui prazo determinado, gera questionamentos acerca do cabimento ou não do instituto da estabilidade à gestante.

A importância de proteger o nascituro e a mulher gestante, sem gerar abuso ou má-fé por qualquer das partes na relação, seja da trabalhadora ou do empregador, faz surgir a discussão do tema, pois, na tentativa de pacificar um entendimento geral e aplicável a todos os casos, nasce entendimento divergente, que não considera aplicável a estabilidade provisória da gestante a todas as espécies de contrato por prazo determinado.

1. Estudante do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).
2. Advogado, doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de La Corunha (Espanha), professor da pós-graduação de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário e de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

No decorrer da última década, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho seguiu o entendimento da Súmula 244 de que é cabível a estabilidade provisória da gestante às espécies de contrato determinado. Contudo, a partir de análise jurisprudencial é possível constatar que há uma corrente minoritária que entende pelo não cabimento da garantia às trabalhadoras de contratos temporários.

Os conteúdos estão organizados de forma a apresentar os princípios inerentes à discussão, seguido da análise da pesquisa jurisprudencial sobre o cabimento da estabilidade provisória da gestante nas diferentes modalidades de contrato determinado, ainda trata da distinção entre contrato de experiência e contrato temporário, apresenta as correntes de entendimento encontradas na pesquisa jurisprudencial e, por fim, discute acerca da aplicabilidade da Súmula 244 do TST nos contratos temporários e os procedimentos metodológicos utilizados na pesquisa.

1. PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

É importante analisar os princípios da relação de trabalho temporário, pois de acordo com Bezerra Leite (2018, p. 82) “a coerência interna de um sistema jurídico decorre dos princípios sobre os quais se organiza”. O ordenamento jurídico pátrio não é formado apenas por leis, regulamentações e instruções normativas, mas também por princípios que servem como norteadores para a legislação. Para Bobbio (1995), os princípios são normas, pois têm como objetivo regular uma situação, ou seja, os princípios são normas para regular outras normas.

Sendo assim, os princípios formam a completude do ordenamento jurídico e tornam-se essenciais para a discussão dos instrumentos norteadores da relação entre contrato de trabalho por prazo determinado, tendo como centro os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção à maternidade, da continuidade da relação de emprego e da boa-fé.

1.1 Proteção à maternidade e dignidade da pessoa humana do nascituro

Com todo o desenvolvimento da legislação na busca de impedir discriminação entre homens e mulheres, a Constituição Federal de 1988 trouxe a igualdade de direitos e obrigações. Quando se trata de trabalhadora gestante, é essencial pontuar princípios importantes da relação, pois

> a gestante precisa manter seu emprego para poder assegurar conforto e segurança ao seu bebê que está a caminho, entretanto, se é dispensada no curso da gestação, dificilmente conseguirá um novo emprego, justamente por sua situação, que requer mais flexibilidade do empregador, sem mencionar o período de afastamento após o nascimento (PENTEADO, MARGAF; RAZABONI JUNIOR, 2018, p. 76).

Apesar da igualdade entre direitos e obrigações, é imperioso considerar algumas situações específicas e temporárias, como é o caso da gestação. Nesse período é preciso que, de alguma forma, os princípios da proteção e da dignidade da pessoa humana se sobressaiam, haja vista serem garantias fundamentais dispostas na mesma Constituição Federal de 1988 que trouxe a igualdade entre homens e mulheres.

Ainda, na relação de trabalho em que a trabalhadora está gestante, é importante considerar o princípio da proteção não somente como proteção à trabalhadora e à maternidade, mas também quanto ao nascituro, como explica Silva (2009, p. 166):

> O tema da proteção à maternidade tem um duplo alcance: de um lado, prestigia efetivamente a gestante, para que ela não vivencie maiores sobressaltos no curso da gravidez, de consequências imprevisíveis e irremediáveis, mas também se procura guarnecer o nascituro, a fim de que ele tanto possa se desenvolver em condições mais favoráveis como, sobretudo, venha ao mundo em condições ao menos medianas de nutrição e higiene.

Ocorre que nas relações trabalhistas o princípio da proteção é basilar e tem por objetivo evitar abusos dos empregadores a fim de proporcionar a dita proteção e equilibrar as desigualdades da relação. A proteção à maternidade é diferente daquela primeira, pois objetiva resguardar a gestante de modo a trocá-la de função por questões de saúde ou de ambiente e liberá-la para consultas e exames médicos. Ainda a CLT dispõe que:

> Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Assim a proteção à maternidade é utilizada de forma a zelar pela vida que está sendo gerada e pela vida da gestante, ao proteger o sustento da trabalhadora e os cuidados ao nascituro.

A proteção destinada ao nascituro é quanto aos direitos de vida, personalidade e dignidade da pessoa humana no mais amplo sentido e, para isso acontecer da melhor maneira nas relações de trabalho, é considerado e protegido, desde a concepção, independente do empregador saber ou não da gestação da trabalhadora.

A gestação faz com que a mulher passe por determinadas fragilidades e impedimentos que requerem atenção e proteção, pois o nascituro é dependente e precisa de cuidados e, caso os princípios de proteção e dignidade da pessoa humana não existissem, afirmam Penteado, Margaf e Razaboni Junior (2018), que as trabalhadoras se sujeitariam às arbitrariedades dos empregadores, de forma a aceitar condições de trabalhos degradantes e cruéis a fim de manter o próprio sustento.

1.2 Continuidade da relação de emprego e boa-fé

A legislação brasileira tem como princípio a continuidade da relação de emprego, pois logo no art. 7°, inciso I da Constituição Federal de 1988, é garantida a proteção quanto à dispensa arbitrária ou sem justo motivo, ou seja, o esperado é que a relação de emprego tenha a maior durabilidade, contudo o inciso em questão ainda não foi regulamentado e, conforme Silva (1998, p. 73), quando a Constituição dispõe de "princípios e regras a serem convenientemente desenvolvidos e aplicados pelo legislador ordinário" trata-se de norma constitucional não autoaplicável, que produz efeitos e eficácia relativa e reduzida, onde o problema da falta de regulamentação integral está na determinação dos limites destes mesmos efeitos parciais. Neste sentido, a prática trabalhista lida com o que tem e, afirma Cassar (2018, p. 36) que "a relação de emprego, como regra geral, tende a ser duradoura, em face da própria natureza humana que impulsiona o homem na busca do equilíbrio e da estabilidade de suas relações em sociedade".

Com o advento da Lei 9.601/1998, o princípio da continuidade da relação de trabalho foi lesado, mesmo que facilite somente quando existe acordo ou convenção

coletiva. Segundo Saraiva e Souto (2018), ao tirar as restrições e permitir contratos de trabalho por tempo determinado em qualquer situação, a Lei 9.601/1998 atentou contra o princípio da continuidade da relação de emprego.

Além da modalidade mencionada, ainda são possíveis as contratações por prazo determinado em outras espécies como, por exemplo, a contratação de safra, de aprendizagem, de experiência e de trabalho temporário. Dessa forma, para realizar contratos por prazo determinado, mais que princípios trabalhistas é necessário contemplar também os princípios fundamentais do Direito, como a boa-fé.

A boa-fé tem origem concomitante ao direito e é almejada em todas as relações, inclusive nas relações de contrato de trabalho pois, como afirma Bezerra Leite (2018, p. 100), espera-se que as partes contratantes atuem de "forma ética, honesta, leal e proba, à luz dos valores sociais e morais reconhecidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico". Apesar da boa-fé não ser um princípio específico do Direito do Trabalho, importante usufruir dela nas relações trabalhistas, pois como princípio fundamental de Direito, a boa-fé é presumida de forma que

> todo e qualquer contrato deve ter por base a boa-fé. O empregado deve cumprir sua parte no contrato de trabalho, desempenhando normalmente suas atividades, enquanto o empregador também deve cumprir com suas obrigações, daí se falar numa lealdade recíproca (MARTINS, 2018, p. 132).

Outrossim, a boa-fé no direito do trabalho possui respaldo no art. 8°, § 1° da CLT que permite a aplicação do direito comum ao direito do trabalho quando estes não forem incompatíveis. Deste modo, a boa-fé é aplicável ao direito do trabalho amplamente, desde comportamentos que venham a aparecer na forma de boa-fé subjetiva, até contratos e negociações no âmbito trabalhista em que a boa-fé é objetiva.

Sendo assim, é essencial que a contratação por prazo determinado seja expressa e clara para o empregador e para o empregado quanto ao tempo de duração, pois, como afirma Cassar (2018), a ciência do termo final fornece segurança e previsibilidade às partes. Desta forma, o empregador contratará o empregado para realizar determinada função por um determinado período enquanto perdurar a necessidade da empresa; e o empregado, ao aceitar, saberá exatamente quando seus serviços não serão mais necessários.

2. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE EM CONTRATOS DETERMINADOS

A estabilidade destinada à gestante é provisória e, portanto, não possui caráter definitivo e indeterminado, tendo em vista o objetivo de proteger os sujeitos da relação no período especial em que se encontram. Dessa forma, a estabilidade provisória visa impedir a dispensa sem justa causa até o cessar da condição especial.

De acordo com o artigo 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), até que seja promulgada lei complementar que regulamente o conteúdo do art. 7°, I da Constituição Federal, resta vedada a dispensa sem justa causa "desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Válido mencionar que ainda não existe lei para regulamentar o dispositivo supramencionado e, em pesquisa sobre projetos de lei também não foi encontrado nenhum projeto que trate de regulamentar o instituto como o determinado pela Constituição; apenas o PL 2685/2019 que dispõe sobre a estabilidade em contratos determinados. Ainda, além dos dispositivos mencionados,

existe a Súmula 244 do TST que dispõe regras para o cabimento da estabilidade provisória em casos concretos.

A princípio, a Súmula 244 do TST não incluía gestantes em contratos determinados no rol de sujeitos aptos à estabilidade provisória mas, em 2012, o item III da Súmula foi alterado para a seguinte descrição “III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado” com essa alteração, a estabilidade provisória começou a ser aplicada a diversas as espécies de contratos determinados e, inclusive, aos contratos temporários.

2.1 Aplicabilidade da Súmula 244 do TST nos contratos por prazo determinado

Foi realizada pesquisa de jurisprudência no TST do período compreendido entre os anos de 2012 a 2020 acerca da aplicação da Súmula 244 aos contratos de prazo determinado. O período da pesquisa teve como ponto inicial o ano de 2012, pois foi quando se deu a alteração do item III da súmula de forma a inserir contratos de prazo determinado no rol passível de aplicação da estabilidade provisória.

A pesquisa jurisprudencial mostrou que, após a alteração do item III da Súmula 244, a estabilidade da gestante começou a ser aplicada indiscriminadamente aos casos que tiveram a discussão levada à instância extraordinária, de forma a criar uma corrente majoritária de entendimento entre os julgadores. Entendimento este que considera cabível a estabilidade da gestante aos contratos de aprendizagem, contratos de experiência, contratos determinados do art. 443 da CLT, contratos temporários, contratos de terceirização e, inclusive, às empregadas que ficam gestantes no período de aviso prévio, conforme disposto no julgado a seguir:

> RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. 1. Os direitos decorrentes do disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e no art. 10, II, b, do ADCT, não têm sua eficácia condicionada à prévia ciência do empregador, eis que erigidos a partir de responsabilidade objetiva (Súmula 244, I, do TST - ex-OJ nº 88/SBDI-1/TST). Enquanto se cuide de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, desconhecesse a sua gravidez. 2. Por outra face, a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória gestacional, a partir da concepção, mesmo que ocorrida no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, tendo em vista que referido período integra o contrato de trabalho. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido (BRASIL, 2013).

Sob o entendimento de que, mesmo que esteja no aviso prévio, a trabalhadora tem direito à estabilidade provisória, pois o período faz parte do contrato de trabalho mantendo assim as características de contrato indeterminado.

Com a aplicação da Súmula 244 do TST na maioria dos casos concretos acerca do tema, foi desenvolvida uma corrente majoritária no sentido de garantir a estabilidade mesmo com o advento do prazo final do contrato, de forma a não vedar somente a dispensa sem justo motivo, mas também a obrigar o empregador a estender a contratação até os cinco meses após o parto, sem analisar que o término do prazo não constitui dispensa arbitrária ou sem justo motivo. A ementa a seguir foi publicada em 2019 e demonstra que mesmo após a alteração do item III da Súmula 244, nem todos os Tribunais Regionais acompanham o entendimento da Corte Superior de maneira que ainda existem decisões divergentes em segunda instância.

> [...] 2. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. GRAVIDEZ NO CURSO DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 244, III, DO TST. [...] II. Nesse contexto, ao entender que a circunstância de ter sido a Reclamante admitida mediante por prazo determinado (contrato de experiência) constitui impedimento para que se reconheça a estabilidade provisória da gestante, a Corte Regional decidiu a matéria de forma contrária à jurisprudência atual e notória desta Corte, sedimentada na Súmula nº 244, III, do TST . III. Demonstrada transcendência política da causa e contrariedade à Súmula nº 244, III, do TST. IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (BRASIL, 2019).

No julgado em questão o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-02) não concedeu a estabilidade provisória em consonância com a sentença do juiz de primeiro grau. Ambas as decisões foram fundamentadas na Tese Prevalecente 05 do TRT-02, que dispõe o oposto do item III da Súmula 244 do TST, mesmo tendo sido criada em 2015.

Apesar da discordância em alguns tribunais regionais, a estabilidade provisória da gestante continua a ser aplicada à maioria dos casos em que é discutida, seja porque o julgador concorda com o entendimento nacional ou tão somente por obediência para esquivar-se de reforma nas decisões prolatadas.

2.2 Diferenciação do contrato de experiência do contrato temporário

A regra é a contratação por tempo indeterminado, contudo, a lei permite hipóteses de contratação por prazo determinado. Para o cabimento dessas hipóteses, a contratação determinada é definida no ato inicial e, conforme Leite (2018), é quando as partes manifestam que o término da relação está definido por uma data final, pela realização de ato específico ou por condição suscetível de alteração, ou seja, o termo pode ser certo ou incerto. Ainda, os contratos por prazo determinado devem ser por escrito, para evitar dúvidas acerca da natureza efêmera.

Segundo Martins (2019) contrato por prazo determinado é o gênero em que um termo prefixado ou serviço específico define a durabilidade do trabalho. Como gênero, possui espécies, cada qual com as suas especificidades e, dessa forma, é possível distinguir contrato de experiência de contrato temporário.

É possível compreender a limitação das hipóteses em que é permitida contratação temporária a partir do voto da ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi no processo AIRR-540-68.2015.5.09.0124, no qual ela discorre que

> Pela intelecção dos artigos 442 e seguintes da CLT, é possível afirmar que a regra é que o contrato de trabalho seja estipulado por prazo indeterminado. Tal interpretação também decorre do Princípio da Continuidade da relação de emprego, somente se justificando a contratação por tempo determinado em situações excepcionais, a exemplo do que ocorre na Lei 6.019/74 e artigo 443 da CLT. No caso específico da Lei 6.019/74, como já afirmado acima, necessário que haja a presença de alguns requisitos, tais quais aqueles previstos nos artigos 9º e 10º da lei em comento, assim como, em especial, **a necessidade de atender transitoriamente a substituição do pessoal regular permanente da empresa tomadora** ou, ainda, para atender ao acréscimo extraordinário de serviços (BRASIL, 2017) (grifo da autora).

Posto isto, são limitadas as contratações para prestação de serviço temporário, diferente da contratação a título de experiência, onde o empregador pode contratar sem ter de justificar o motivo.

Ademais, a principal distinção é que o contrato de experiência possui efetivamente uma expectativa de continuidade da relação empregatícia pois, é um período em que empregado e empregador farão a análise, respectivamente, se o trabalho e ambiente correspondem às expectativas e, se o trabalhador tem aptidão e requisitos para a função; diferente do contrato temporário, em que a contratação existe para "atender à necessidade de substituição temporária de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços" (Lei 6.019, art. 2º, *caput*) e que, por definição, não gera real expectativa de continuidade, tendo em vista o retorno de pessoal permanente ou o término da demanda.

A alteração do item III da Súmula 244 do TST teve como fundamento uma lista de precedentes na qual apenas um trata de contrato temporário, os demais discutiam a estabilidade provisória de gestantes em contrato de experiência. Importante destacar que a possibilidade de dispensa arbitrária ou sem justa causa decorre de ato do empregador e é possível que ocorra no contrato de experiência, bem como, este mesmo contrato pode ser estendido e tornar-se um contrato de trabalho por tempo indeterminado, de forma a dispor o direito da gestante em decorrência de expectativa legítima de continuidade da relação empregatícia. Diferente do contrato temporário, onde a extinção ocorre pelo decurso do prazo previsto em lei ou pelo término da necessidade de acréscimo de pessoal ou de serviços, casos em que a extinção do contrato ocorre por requisitos necessários para a própria existência da contratação e, portanto, não depende de iniciativa do empregador.

Nesse sentido, a própria Lei 6.019/74 dispõe no art. 10, §5° que o trabalhador temporário que laborar o prazo máximo permitido - 180 dias prorrogáveis por mais 90 dias - não pode voltar a prestar serviços no mesmo tomador no período de 90 dias após o término do primeiro contrato. Sendo assim, o contrato temporário é incompatível com qualquer hipótese de prorrogação, além dos prazos fixados em lei.

3. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE EM CONTRATOS TEMPORÁRIOS SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL DO TST

A partir da distinção entre contrato de experiência e contrato temporário, surge a discussão acerca da aplicabilidade da Súmula 244 do TST nestas modalidades contratuais porque, com a alteração do item III, começou a ser aplicada a estabilidade provisória da gestante em todas as modalidades de contratos por prazo determinado, conforme pesquisa jurisprudencial do TST no período compreendido entre os anos de 2012 a 2020.

A pesquisa analisou a aplicação da Súmula 244 do TST aos contratos de trabalho por tempo determinado, de forma a abranger na busca as seguintes espécies: contratos determinados do art. 443 da CLT, contrato de aprendizagem, contrato de experiência e contrato temporário. Acerca do tema foram encontradas 1.199 jurisprudências, sendo 192 sobre contratos determinados, 115 sobre contratos de aprendizagem, 649 sobre contratos de experiência e 243 sobre contratos temporários. Das jurisprudências que discutiam sobre a aplicabilidade da Súmula em contratos determinados e contratos de aprendizagem, 17,26% das decisões indeferiram a estabilidade provisória da gestante. Quanto aos contratos de experiência e contratos temporários os índices de indeferimento são ainda menores, de forma a resultar, respectivamente, em 11,40% e 11,93%, de julgados que não aplicaram a estabilidade provisória às gestantes.

Ante à análise da pesquisa jurisprudencial do TST, pode-se afirmar que no período em questão a estabilidade provisória foi aplicada, majoritariamente, a todas as espécies de contrato por prazo determinado, seja contrato de aprendizagem, experiência ou temporário. Por volta de 2016 surgiu entendimento diferente do que estava sendo aplicado até então, onde o Ministro Hugo Carlos Scheuermann, nos recursos de revistas que foi relator, decidiu conforme o seguinte:

> RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI Nº 6.019/74. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. SÚMULA 244, III, DO TST. INAPLICABILIDADE. 1. **O reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se coaduna com a finalidade da Lei 6.019/74, que é a de atender a situações excepcionalíssimas, para as quais não há expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com pessoalidade.** 2. No caso dos autos, consta da petição inicial que a trabalhadora foi admitida em 08/10/2013, pelo prazo de 90 (noventa) dias, para atendimento de necessidade transitória ou acréscimo extraordinário de demanda, sendo renovado o contrato por mais 90 (noventa) dias, findo o qual foi rescindido, a despeito da notificação da gravidez à empresa de trabalho temporário em 20/02/2014. 3. Assim, cumprido integramente o período de contratação, o qual se ajusta ao prazo máximo permitido para o trabalho temporário destinado ao atendimento de acréscimo extraordinário de serviços, não se cogita de prorrogação do liame, por força de garantia provisória de emprego à trabalhadora gestante. 4. **Ressalte-se que, tanto os precedentes que orientaram a redação da Súmula 244, III, do TST, quanto as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se atém às particularidades que envolvem o trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74, não havendo como equipará-lo às demais hipóteses de contratação a termo.** Recurso de revista conhecido e não provido (BRASIL, 2016) (Grifos da autora).

O julgado acima deu origem ao entendimento minoritário de que a estabilidade provisória da gestante não pode ser aplicada aos contratos temporários devido ao desvirtuamento do conceito deste, pois, por exemplo, uma contratação temporária para substituição de pessoal permanente é feita pura e simplesmente para substituir o empregado afastado do labor num determinado período e, quando este empregado retornar, não há mais a necessidade do empregador manter o trabalhador temporário.

Durante o ano de 2016 o Ministro Hugo Carlos Scheuermann e a 1ª Turma do TST não concederam estabilidade provisória para gestantes em contratos temporários e, consonante a este entendimento, o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, membro da 3ª Turma do TST, também demonstrou sua discordância do cabimento da estabilidade provisória em contratos temporários, mas por obediência ao entendimento majoritário concedia a garantia, como é o caso do julgado a seguir:

> RECURSO DE REVISTA. CONTRATO TEMPORÁRIO - LEI nº 6.019/74. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. SÚMULA 244, III, DO TST. No caso dos autos, a Corte Regional registrou que a ex-empregada trabalhou em contrato de trabalho temporário e que estava grávida por ocasião da sua rescisão contratual, ou seja, no término da pactuação. **Este Relator comunga do entendimento de que essa modalidade de contratação tem características especiais, destinado a uma alocação temporária de curta duração, especificamente destinada à substituição de pessoal regular ou para o atendimento de demanda extraordinária de serviço, regulado pela Lei nº 6.019/74, o que se diferencia dos demais contratos por prazo determinado.** Por essas razões,

> legais e fáticas, entendo inviável estender-se a estabilidade provisória de emprego, prevista no art. 10, II, "b" do ADCT à trabalhadora temporária, visto que referido dispositivo refere-se à empregada gestante. **Contudo, por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento desta colenda Corte Superior no sentido de reconhecer estabilidade provisória decorrente de gestação no curso dos contratos por prazo temporário**, aplicando, nesses casos, o estabelecido no item III da Súmula nº 244 do TST, in verbis: "III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado" . Recurso de revista conhecido por violação do art. 10, II, "b", do ADCT e provido (BRASIL, 2016) (Grifos da autora).

A partir de 2016 decisões pontuais utilizaram os julgados da 1ª Turma do TST como precedentes, contudo permanece em minoria tal entendimento.

Sendo assim, percebe-se que as turmas do TST concedem a estabilidade provisória às gestantes independente da espécie contratual, haja vista a intenção de promover a garantia ao benefício constitucional e suprir os princípios de proteção à maternidade e dignidade da pessoa humana ao nascituro, sem considerar possível desvirtuamento de espécies de contratos por prazo determinado.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A partir da observação de um caso concreto de deferimento da estabilidade à gestante em um contrato de trabalho temporário, surge a motivação para o tema do presente artigo a fim de entender o que define o cabimento da estabilidade provisória nos contratos por prazo determinado, tendo em vista que, com a aplicação da garantia o termo final é prejudicado devido à extensão do contrato.

A abordagem da pesquisa é qualitativa. Para Prodanov (2013, p. 20) a pesquisa qualitativa

> considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa.

O tipo de abordagem permite a interpretação da realidade para alcançar o objeto do estudo. Assim, a abordagem qualitativa permite uma análise descritiva tendo o processo como foco principal da abordagem.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, elaborada a partir de material já disponível em artigos científicos, livros, revistas e dissertações e tem por objetivo colocar o pesquisador perante ao material existente acerca do tema (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Ainda, a pesquisa é do tipo documental com a utilização de jurisprudências, documentos que, conforme Severino (2016 *apud* MARCONI, 2017, p. 32), “não tiveram nenhum tratamento analítico, são ainda matéria-prima, a partir da qual o pesquisador vai desenvolver sua investigação e análise”. O uso de documentos jurídicos tem como objetivo demonstrar a existência da discussão atual sobre o tema.

A fim de encontrar verdade nas conclusões no tecer da discussão sobre as variáveis interpretativas, o texto busca a partir do método dedutivo apresentar lógica e argumentos de forma que, segundo Mezzaroba (2019, p. 87):

> O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas.

A interpretação dedutiva visa encontrar lógica nos argumentos possivelmente acertados.

A pesquisa é descritiva de forma que, segundo Selltiz *et al*. (1965 *apud* OLIVEIRA, 2011, p. 21), "busca descrever um fenômeno ou situação em detalhe, especialmente o que está ocorrendo, permitindo abranger, com exatidão, as características de um indivíduo, uma situação, ou um grupo, bem como desvendar a relação entre os eventos" assim, a finalidade principal do aprofundamento descritivo é estabelecer relações entre as variáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente artigo foi possível concluir que a justificativa da Súmula 244 do TST é a mesma do art. 10, III do ADCT, qual seja proteger a gestante da despedida arbitrária do empregador, o que, em regra, não ocorre em contratos determinados, pois o advento do termo final não configura despedida imotivada, mas tão somente convenção entre as partes.

Assim, ao analisar a aplicação da estabilidade provisória realizada pelo TST, foi possível encontrar duas correntes de entendimento, onde a corrente majoritária aplica a estabilidade das gestantes a todas as espécies contratuais e a corrente minoritária entende que a estabilidade para além do termo final do contrato determinado é indevida.

O entendimento minoritário pode ser validado a partir da distinção entre contratos de experiência e contratos temporários, haja vista a legítima expectativa de continuidade da relação empregatícia no primeiro e a natureza momentânea do segundo.

Por fim, concluiu-se que o cabimento da estabilidade provisória das gestantes aos contratos temporários pode ser aplicável na duração ordinária do contrato até o advento do término da vigência contratual, mas que, se aplicada de maneira a dilatar a duração contratual, a natureza momentânea se perde e o contrato temporário perde além do objeto, a validade contratual.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 199, 184 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2685/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200535. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 02 abril 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 9.601, de 21 de janeiro de 1998.** Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9601.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de revista nº 131-71.2012.5.04.0404.** Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 28/06/2017, TST 8ª Turma, Data de Publicação: 30/06/2017. Ementa: I - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista interposto da segunda reclamada sob a égide da Lei nº 13.015/2014 - Vínculo de emprego - Contrato temporário - Requisitos - Nulidade. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/dd12d3cb0781264cb37d65422eae1b19. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 131-71.2012.5.04.0404.** Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 20/03/2013, TST 3ª Turma, Data de Publicação: 26/03/2013. Ementa: Recurso de Revista. Gestante. Estabilidade Provisória. Desnecessidade de comunicação ao empregador; Concepção no período de aviso prévio indenizado. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/cf1f4385c565c651108c881cac7f5ef7. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 1143-41.2014.5.02.0070.** Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 11/05/2016, TST 1ª Turma, Data de Publicação: 20/05/2016. Ementa: Recurso de revista. Interposição sob a égide da lei n.º 13.015/2014. Gestante. Trabalho temporário. Lei nº 6.019/74. Garantia provisória de emprego. Súmula 244, III, do TST. Inaplicabilidade. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/44bc3922605ff80d26e032b245948d3f. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 1223-52.2012.5.02.0077.** Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 22/06/2016, TST 3ª

Turma, Data de Publicação: 24/06/2016. Ementa: Contrato temporário - Lei nº 6.019/74. Gestante. Estabilidade. Condenação ao pagamento da indenização correspondente. Súmula 244, III, do TST. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/3a3f6259c04f80e4a815c2a51d241df2. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista nº 1002036-47.2016.5.02.0263.** Relator: Alexandre Luiz Ramos, Data de Julgamento: 03/04/2019, TST 4ª Turma, Data de Publicação: 05/04/2019. Ementa: 1. Critério de transcendência. Parâmetros. 2. Estabilidade provisória. Contrato por prazo determinado. Gravidez no curso do contrato de experiência. Contrariedade à Súmula nº 244, III, do TST. Transcendência política reconhecida. Conhecimento e provimento. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/401ebb4472d0d14a36dbb4fc010c6386. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 244**. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html. Acesso em: 02 maio 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 289 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 842 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. Biblioteca da Univille. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597012408/cfi/6/2[. Acesso em: 07 mar. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito do trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 382 p.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Biblioteca da Univille. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/. Acesso em: 07 nov. 2020.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. **Metodologia científica:** um manual para a realização de pesquisas em administração. Catalão: Universidade Federal de Goiás, 2011. 72p. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em: 02 maio 2021.

PENTEADO, Franciéle Aparecida; MARGAF, Priscila de Oliveira; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Aspectos da estabilidade provisória da gestante nos contratos de trabalho

por tempo determinado e a proteção à maternidade. **Revista de direito do trabalho**, v. 44, n. 192, p. 59-78, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/160612. Acesso em: 30 ago. 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. E-BOOK. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Resolução TP Nº 05/2015:** edita as teses jurídicas prevalecentes n° 02. 03. 04 e 05 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Resolucoes/TP_05_15.html. Acesso em: 05 maio 2021.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho:** concursos públicos. 20. ed. Salvador: JusPodvm, 2018. 496 p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 24 ed. São Paulo: Cortez, 2018. 320 p.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do trabalho aplicado:** segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 304 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: PC Editorial, 1998. 270 p.

EVOLUÇÃO DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL E NA ALEMANHA À LUZ DO DIREITO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Thaisa Toscano Tanus[1]

Resumo: Mudanças climáticas causadas por atividades humanas são um consenso científico, e seus eventos adversos extremos violam direitos fundamentais. A litigância climática é uma estratégia jurídica a fim de fazer com que os países cumpram metas de redução de gases de efeito estufa (GEEs), de modo a frear o fenômeno do aquecimento global e a garantir direitos fundamentais às gerações atuais e futuras. A legislação ambiental no Brasil é considerada uma das mais rígidas em temas como Áreas de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL). A Alemanha possui um rico sistema jurídico que atrai a atenção de operadores do direito mundial, em especial o direito ambiental, que se desenvolveu de modo consistente e avançado. Foi realizada uma pesquisa no site Sabin Center for Climate Change Law, que busca rastrear litígios climáticos propostos em todo o Planeta, onde foram encontrados 17 no Brasil e 21 na Alemanha; e destes, 9 no Brasil e 17 na Alemanha envolvem diretamente o tema das mudanças climáticas. O objetivo desse estudo foi analisar a evolução das decisões judiciais desses casos concretos, sob o manto das leis ambientais e climáticas brasileiras e alemãs. Os resultados mostram a inexistência de uma doutrina específica de Direito das Mudanças Climáticas nesses países, apesar de ambos possuírem políticas sobre mudança do clima. Contudo, até o momento, na Alemanha os precedentes são de maior relevância para a construção de uma doutrina consistente do Direito das Mudanças Climáticas, como os casos Lliuya x RWE, e Neubauer e outros x Alemanha.

Palavras-chave: Litígios climáticos. Direito ambiental brasileiro. Direito ambiental alemão. Direito das Mudanças Climáticas. Precedentes.

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas decorrentes de atividades humanas e seus efeitos negativos são praticamente um consenso científico. Cerca de 97% dos cientistas do clima concordam que a Terra está aquecendo e que as emissões de gases de efeito estufa (os chamados GEEs) são a principal causa (WEDY, 2019). O aumento da frequência e intensidade de eventos climáticos extremos forçará 143 milhões de pessoas a migrar na África Subsaariana, Sul da Ásia e América Latina, constituindo graves violações de direitos humanos (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019).

Neste cenário, os litígios climáticos surgem como uma estratégia contra a mudança climática e a favor dos direitos humanos, sendo "uma ferramenta jurídica apta a acionar o Poder Judiciário e órgãos extrajudiciais para avaliar, fiscalizar, implementar e efetivar direitos e obrigações jurídicas relacionados às mudanças climáticas" (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 12). A evolução tecnológica pode prever padrões climáticos, permitindo responsabilizar entes públicos e privados pela não adoção de medidas que poderiam evitar danos previsíveis. Assim, são vários os litígios climáticos envolvendo violações de direitos fundamentais e o não cumprimento pelos governos de medidas de redução das emissões de GEEs (WEDY, 2019).

Segundo dados do Sabin Center for Climate Change Law (2021) coletados em 01 de dezembro de 2021, até hoje foram postuladas mais de 2.200 ações climáticas no mundo, sendo 17 no Brasil e 21 na Alemanha. Para o presente estudo, destes casos concretos, foram selecionados nove no Brasil e 17 na Alemanha, por se referirem diretamente à mudança climática. Desse modo, o objetivo deste trabalho foi analisar a evolução das decisões judiciais desses casos concretos, sob o manto da legislação

1. Graduanda em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, campus Goiânia, Brasil; endereço em Rua 250, nº 59, Setor Coimbra, Goiânia/GO, CEP 74535-350; celular (62)99639-0824; e-mail toscanothaisa@gmail.com.

ambiental e climática do Brasil, por sua vasta legislação ambiental, considerada uma das mais rígidas em alguns aspectos (CHIAVARI; LOPES, 2017), e da Alemanha, por possuir um rico sistema jurídico que atrai a atenção de estudiosos do Direito (WEDY, 2019).

Dessa forma, o presente estudo está assim estruturado: o item 1 define e contextualiza os litígios climáticos; os itens 2 e 3 trazem considerações sobre o Direito Ambiental e das Mudanças Climáticas, respectivamente, no Brasil e na Alemanha; e o item 4 elenca os litígios climáticos propostos em ambos os países, seguidos por uma análise evolutiva de precedentes.

1. DEFINIÇÃO DE LITÍGIOS CLIMÁTICOS

O litígio climático pode ser definido como “uma maneira de provocar o Poder Judiciário a cobrar e auxiliar o Poder Executivo na execução de medidas de combate às mudanças climáticas e o Poder Legislativo na elaboração e revisão de marcos normativos climáticos” (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 18). Segundo dados de 01 de dezembro de 2021, até hoje já foram postuladas 2.207 demandas relativas a questões climáticas no mundo (SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, 2021).

Esses dados mostram que cada vez mais as organizações da sociedade civil têm se utilizado das ações judiciais climáticas na luta contra a mudança do clima e a favor dos direitos humanos. O litígio climático é mais uma forma de trazer ao debate público a emergência climática, podendo funcionar também como indutor de mudanças nos setores privados. Hoje, os 197 países que assinaram ou ratificaram o Acordo de Paris possuem pelo menos uma lei ou política climática. E o engajamento do Legislativo e do Executivo é acompanhado da provocação cada vez mais frequente do Judiciário a se manifestar sobre a aplicação dos direitos e obrigações estabelecidos por essas leis e políticas (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2021).

As referências doutrinárias sobre litígios climáticos advêm do estudo de casos específicos, aptos a enriquecer o Direito das Mudanças Climáticas em uma era de aumento de riscos e de desastres ambientais. Para que haja boa fundamentação das decisões desse tipo de ação, deve haver elementos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais suficientes. Tais ações estão inseridas em um contexto normativo que consagra a proteção ambiental como um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, desde a Declaração de Estocolmo de 1972 (WEDY, 2019).

Em geral, os litígios envolvem um polo ativo ou parte autora, que apresenta os pedidos na ação que propõe e os argumentos fáticos e jurídicos para sustentá-la, e um polo passivo ou réu, que poderá se defender das alegações do polo ativo. A experiência internacional demonstra que os entes governamentais costumam figurar no polo passivo das ações climáticas (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019). Do outro lado, entes públicos, indivíduos e organizações não governamentais, individualmente ou em grupo, aparecem como os principais autores, de modo a fazer com que os governos cumpram acordos e tratados internacionais, Constituições, legislações e normas administrativas de proteção climática (WEDY, 2019).

Os principais fundamentos jurídicos que podem ser usados em litígios climáticos são: a tutela constitucional do meio ambiente, políticas nacionais do meio ambiente e do clima, proteção jurídica internacional ambiental, normas internacionais de combate às mudanças climáticas e salvaguardas contra violações aos direitos humanos (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019). As ações climáticas comportam diversos tipos de pedidos,

que vão depender do objeto da ação e do resultado pretendido, podendo o Poder Judiciário:

> 1. Obrigar o governo a desenhar planos de ação mais efetivos para a política climática e rever metas que não se adéquem a novas evidências das mudanças climáticas. O Judiciário pode obrigar também a administração a executar os planos que já existem, a prestar contas das medidas que estão sendo tomadas e fundamentar a razão de certas medidas não estarem sendo tomadas. O Judiciário pode também criar canais de monitoramento periódico dessas obrigações e desenvolver mecanismos de mitigação, compensação ou reparação de danos já verificados em matéria ambiental.
> 2. Obrigar empresas a elaborar inventário de emissões ou a indenizar comunidades afetadas por atividades que intensifiquem a mudança do clima (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 45).

As possibilidades de configuração de um possível litígio climático giram em torno de dois critérios: o escopo da ação e a relação com a legislação específica sobre o clima. Em relação ao escopo, a ação pode ser estrutural ou pontual; e em relação à abordagem sobre normas climáticas, ela pode ser direta ou indireta. Quanto mais estrutural, mais o litígio climático se volta para contextos nacionais, questionamentos gerais e políticas públicas; quanto mais pontual, mais se volta para contextos subnacionais, setoriais e pedidos procedimentais. O litígio direto é aquele que aborda expressamente o tema das mudanças climáticas, enquanto o indireto aborda as questões de fato e de direito das mudanças climáticas, como exemplos os povos das florestas e o desmatamento (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2019).

Importante enfatizar que a mudança climática é algo muito mais amplo do que o aquecimento ou as variações de temperaturas, por gerar diversos impactos negativos nas atividades humanas, dos quais se destacam:

> i) fornecimento de alimentos e água potável, ii) a fertilidade dos solos, iii) a sustentabilidade dos ecossistemas, isto sem falar iv) na elevação do nível dos oceanos, que terá o efeito de inundar as planícies e cidades ao passo que o aumento das tempestades e ondas de calor facilitarão a propagação de doenças e prejuízos. Ainda segundo o IPCC – Intergovernmental Panel on Climate Change é provável o aumento da ocorrência de eventos climáticos extremos, com a incidência de precipitações abruptas com maior frequência, aumento do nível do mar e diminuição da terra produtiva (CARVALHO, 2015, p. 142).

O IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) é um comitê intergovernamental da Organização das Nações Unidas (ONU) que conta com 195 países-membros. Destina-se a expor cenários e análises científicas sobre o aquecimento global e seus impactos à vida no planeta, avaliando pesquisas, interpretando-as e reunindo informações relevantes em relatórios (IPCC, 2021).

Recentemente, em agosto de 2021, o IPCC lançou o Sexto Relatório de Avaliação, o AR6, elaborado por mais de 800 cientistas e finalizado e aprovado pelos 195 governos, constituindo a maior e mais abrangente atualização da análise sobre as evidências e efeitos, presentes e potenciais, das mudanças climáticas no planeta Terra (IPCC, 2021).

Conforme o relatório, algumas consequências provocadas pela emissão de GEEs até aqui são irreversíveis, como o degelo, o aumento do nível dos mares e as mudanças no oceano, comunicando a urgência absoluta da crise do clima no planeta, fazendo um importante alerta sobre a necessidade de se reduzir as emissões a zero, de modo a estabilizar a temperatura global. Assim sendo, o AR6 é a principal referência científica

sobre mudança do clima voltada para tomadores de decisão, trazendo a base científica para justificar a readequação e incremento de metas, de modo a torná-las compatíveis com o cenário (IPCC, 2021).

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, no art. 225, seguiu a influência do direito constitucional comparado e do direito internacional, positivando os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico e atribuindo o status de direito fundamental ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, norteado pelo princípio da solidariedade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014), conforme a redação do *caput* do referido dispositivo:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Um estudo desenvolvido por pesquisadoras do Climate Policy Initiative/ Núcleo de Avaliação de Políticas Climáticas da PUC-Rio (CPI/NAPC) comparou o arcabouço jurídico de sete países: Argentina, Brasil, Canadá, China, França, Alemanha e Estados Unidos. As principais conclusões desse estudo mostram que o Brasil é o país que possui as regras mais rígidas de proteção de Áreas de Preservação Permanente (APP), incidindo sobre terras privadas, sendo também o único país que exige que todas as propriedades privadas mantenham, a título de Reserva Legal (RL), um percentual da propriedade conservada com vegetação nativa para a proteção da biodiversidade (CHIAVARI; LOPES, 2017).

No entanto, a legislação ambiental brasileira necessita de uma codificação geral na esfera federal, ou mesmo de uma consolidação, pois existem inúmeras leis esparsas, muitas delas editadas antes da Constituição Federal de 1988, de duvidosa recepção constitucional e discutível vigência. Além disso, existe algo que Édis Milaré chama de "poluição regulamentar": uma vasta gama de normas regulamentares editadas pelos principais órgãos ambientais, sem falar nas leis estaduais, distritais e municipais (AMADO, 2020).

Pode-se dividir a história do Direito Ambiental brasileiro em quatro fases legislativas, desde o início do século XX até os dias atuais. A primeira é a fase fragmentário-instrumental da legislação ambiental, marcada por uma legislação fragmentária e assistemática e por uma visão instrumental e utilitarista da proteção dos recursos naturais. A segunda é a fase sistemático-valorativa, caracterizada pela autonomia do bem jurídico ambiental e pelo reconhecimento do Direito Ambiental como nova disciplina jurídica. A terceira, a constitucionalização do Direito Ambiental, marca a ruptura com a tradição jurídica antropocêntrica clássica e fixa o novo direito-dever fundamental ao meio ambiente. Por fim, a quarta fase, ecocêntrica ou dos direitos da natureza (e dos animais não humanos) ou do Direito Ecológico, cria um novo paradigma jurídico-constitucional biocêntrico ou ecocêntrico, atribuindo valor intrínseco aos animais não humanos e aos elementos naturais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

No contexto da fase ecocêntrica, após a promulgação da Constituição de 1988, foi editada a Lei nº 12.187/2009, que criou a Política Nacional sobre Mudança do Clima, com muitas omissões e imperfeições técnicas. Os instrumentos mais eficazes para o combate

às mudanças climáticas precisam ser regulamentados, como a tributação, a precificação do carbono e o *cap-and-trade*. Entretanto, essa Lei é um considerável avanço no combate às mudanças globais e ao aquecimento global, devendo ser aprimorada em combinação com a Constituição, a doutrina e a jurisprudência, de modo a possibilitar a instauração de litígios climáticos de bom nível técnico no Brasil (WEDY, 2019).

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NA ALEMANHA

A Alemanha é reconhecida por seu riquíssimo sistema jurídico, que desperta atenção de pesquisadores e operadores do direito mundial, especialmente no âmbito do Direito Ambiental (WEDY, 2019). Existe no país uma elevada qualidade do debate público em matéria ambiental, especialmente devido às obras dos filósofos Hans Jonas e Vittorio Hösle e dos sociólogos Ulrich Beck e Nickas Lhumann, além de outros cientistas, que fizeram com que o direito ambiental alemão surgisse de modo consistente e avançado. Ademais, alguns dos primeiros grupos ecológicos surgiram na Alemanha (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014).

A Constituição de Weimar de 1919 trouxe uma disposição expressa de tutela estatal dos monumentos artísticos, culturais, paisagísticos e históricos. No regime nazista, foram editadas as Leis de Proteção dos Animais (*Tierschutzgesetz*) em 1933 e de Proteção da Natureza do Reich (*Reichnaturschutzgesetz*) em 1935 (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014). Em 1949, foi promulgada a Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição alemã (*Grundgesetz* – GG), mas somente em 1994 foi inserido o artigo 20a contendo o objetivo estatal de proteção ambiental, além da responsabilidade do Estado para com as futuras gerações. E em 2002, a esse artigo foi acrescentado o objetivo de proteção dos animais (WEDY, 2019). Assim é a redação atual do referido artigo:

> Art. 20a
> [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais]
> Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário (ALEMANHA, 1949).

A proteção climática na Alemanha possui status constitucional, pela combinação do artigo 20a com os artigos 1º, 2º e 14 da Lei Fundamental, que versam respectivamente sobre princípios como a dignidade humana, o direito à vida e de inviolabilidade da pessoa, e o direito à propriedade. Além disso, no Direito Ambiental alemão há princípios consagrados: princípio da precaução, do poluidor-pagador, da cooperação, da responsabilidade ambiental transfronteiriça e do desenvolvimento sustentável, a fim de preservar os recursos naturais para as presentes e futuras gerações, devendo as políticas climáticas e energéticas do país estar harmonizadas com as políticas da União Europeia (KNOPP, 2008).

A evolução do Direito Ambiental na Alemanha pode ser dividida em três fases. A primeira seria a fase de criação do Direito Ambiental alemão, no período entre 1969 e 1976. A segunda fase seria de consolidação, entre 1976 e 1985; e a terceira, de modernização, iniciada em 1985 e vigente até os dias atuais. Em 2019, foi editada a Lei Federal de Proteção Climática (*Bundes-Klimaschutzgesetz – KSG*), cujo objetivo é garantir o cumprimento das metas nacionais de proteção climática e o cumprimento das

metas europeias, a fim de proteger contra os efeitos da mudança climática global (KLOEPFER *APUD* WEDY, 2019, p. 145).

Entretanto, em abril de 2021, em ação proposta no Tribunal Constitucional Federal, a Suprema Corte alemã, por nove jovens ativistas alemães, a Corte determinou a edição de uma nova Lei de Proteção Climática com metas de redução de GEEs mais rigorosas, a fim de preservar os direitos das gerações futuras (SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, 2021).

4. LITÍGIOS CLIMÁTICOS PROPOSTOS NO MUNDO

O sítio eletrônico http://climatecasechart.com/ do *Sabin Center for Climate Change Law* (Centro Sabin de Direito das Mudanças Climáticas) da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia (Columbia Law School) busca rastrear todos os litígios climáticos no mundo. Em pesquisa realizada neste site em 01 de dezembro de 2021, foram encontradas 17 ações de litigância climática no Brasil e 21 na Alemanha.

Destas ações, 9 no Brasil e 17 na Alemanha versam diretamente sobre questões climáticas, as quais serão mencionadas adiante, na ordem cronológica em que foram propostas, com os respectivos polos ativo e passivo, a data de propositura, os fundamentos jurídicos invocados, a jurisdição competente para julgar o litígio, a lide e a situação do processo, se foi julgado procedente, improcedente, arquivado ou aguardando decisão judicial, conforme dados do *Sabin Center for Climate Change Law*.

4.1 Litígios climáticos no Brasil

A litigância climática no Brasil é algo relativamente recente e raro, especialmente por não haver uma doutrina sólida referente ao Direito das Mudanças Climáticas no país, sendo esse ramo do Direito tratado como uma pequena porção do Direito Ambiental brasileiro (WEDY, 2019). As ações climáticas no Brasil surgiram principalmente a partir do ano de 2019, conforme se verá a seguir.

4.1.1 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) x Siderúrgica São Luiz Ltda. e Martins

Polo ativo: Ibama (autarquia ambiental federal);

Polo passivo: Siderúrgica São Luiz Ltda. e o sócio-diretor Geraldo Magela Martins;

Data da propositura: 02/07/2019;

Fundamentos jurídicos: Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) e Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981);

Jurisdição: 15ª Vara Federal Cível de Belo Horizonte/MG;

Lide: a responsabilidade da empresa siderúrgica e de seu sócio-diretor por danos ambientais (desmatamento ilegal) e climáticos (emissão de GEEs derivados da queima do carvão de origem ilegal);

Situação: aguardando decisão.

4.1.2 Partido Socialista Brasileiro (PSB) e outros três partidos políticos x Brasil

Polo ativo: PSB, PSOL, PT e Rede Sustentabilidade;

Polo passivo: Governo Federal;

Data da propositura: 05/06/2020;

Fundamentos jurídicos: Constituição Federal de 1988, Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) e Lei da Criação do Fundo Nacional para a Mudança Climática (Lei nº 12.114/2009);

Jurisdição: Supremo Tribunal Federal;

Lide: a retomada das atividades do Fundo Climático pelo Ministério do Meio Ambiente;

Situação: aguardando decisão.

4.1.3 Famílias pelo Clima x São Paulo

Polo ativo: Movimento Famílias pelo Clima;

Polo passivo: Governo do Estado de São Paulo;

Data da propositura: 25/09/2020;

Fundamentos jurídicos: Política Nacional sobre Mudança Climática (Lei nº 12.187/2009) e Política Estadual sobre Mudança Climática (São Paulo);

Jurisdição: Tribunal de Justiça de São Paulo;

Lide: se o Estado de São Paulo deve divulgar os impactos climáticos e orçamentários de um fundo de incentivo à automatização;

Decisão: procedente; o TJ/SP determinou que o Governo de São Paulo apresentasse os documentos requeridos contendo informações sigilosas, nos termos do art. 7º, § 2º da Lei 12.527/2011.

4.1.4 Instituto de Estudos Amazônicos x Brasil

Polo ativo: Instituto de Estudos Amazônicos;

Polo passivo: Governo Federal;

Data da propositura: 08/10/2020;

Fundamentos jurídicos: Constituição Federal de 1988, Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) e o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm);

Jurisdição: Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4);

Lide: se a Constituição Federal garante um direito fundamental a um clima estável e se o governo brasileiro pode ser obrigado a cumprir metas de redução de emissões e de desmatamento;

Situação: aguardando decisão, após o TRF-4 ter decidido o conflito de competência suscitado entre o foro de Curitiba e o foro de Manaus para julgar a causa, devolvendo o processo para o foro originário de Curitiba.

4.1.5 Partido Socialista Brasileiro (PSB) e outros 6 partidos políticos x Brasil

Polo ativo: PSB, Rede Sustentabilidade, PDT, PV, PT, PSOL e PCdoB (em coalizão com diversas ONGs ambientais);

Polo passivo: Governo Federal;

Data da propositura: 11/11/2020;

Fundamentos jurídicos: Constituição Federal de 1988 e o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm);

Jurisdição: Supremo Tribunal Federal;

Lide: se a falha do Brasil em conter o desmatamento e a consequente mudança climática viola os direitos constitucionais fundamentais dos povos indígenas e das gerações atuais e futuras;

Situação: aguardando decisão.

4.1.6 Ministério Público Federal x de Rezende

Polo ativo: Ministério Público Federal;

Polo passivo: Dauro Parreiras de Rezende (fazendeiro brasileiro);

Data da propositura: 07/04/2021;

Fundamentos jurídicos: Constituição Federal de 1988;

Jurisdição: 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas;

Lide: se o fazendeiro é responsável pelos danos ambientais e climáticos decorrentes do desmatamento na Amazônia;

Decisão: foi concedida liminar contra o fazendeiro, ordenando a retirada do rebanho bovino de fazendas onde houve desmatamento ilegal, bem como a suspensão de documentos legais para movimentação do gado de ou para as fazendas.

4.1.7 Thalita Silva e outros x Ministério do Meio Ambiente e outros

Polo ativo: Thalita Silva e outros cinco ativistas climáticos;

Polo passivo: Ministério do Meio Ambiente, Ministério das Relações Exteriores e Governo Federal;

Data da propositura: 13/04/2021;

Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris e Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009);

Jurisdição: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP;

Lide: se a NDC (contribuição nacionalmente determinada) atualizada do Brasil viola o Acordo de Paris e a Constituição Federal ao reduzir sua ambição;

Decisão: improcedente, pois o juízo entendeu que a NDC não pode ser considerada menos ambiciosa, “eis que incluiu um objetivo de alcançar a neutralidade climática em 2060 e não descartou a possibilidade de adoção, em momento adequado, de objetivo de longo prazo mais ambicioso”.

4.1.8 Instituto Preservar e outras três ONGs x Copelmi Mineração Ltda. e Ibama

Polo ativo: Instituto Preservar e outras três ONGs;

Polo passivo: Copelmi Mineração Ltda. (empresa mineradora) e Ibama;

Data da propositura: 19/05/2021;

Fundamentos jurídicos: Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) e Política Estadual sobre Mudança Climática (Rio Grande do Sul);

Jurisdição: 9ª Vara Federal de Porto Alegre/RS;

Lide: se a mudança climática deve ser incluída como um requisito necessário no desenvolvimento de estudos de impacto ambiental (EIAs) para usinas termelétricas;

Situação: aguardando decisão.

4.1.9. Laboratório do Observatório do Clima x Ministério do Meio Ambiente e Governo Federal

Polo ativo: Observatório do Clima (rede de 71 organizações da sociedade civil);

Polo passivo: Ministério do Meio Ambiente e Governo Federal;

Data da propositura: 26/10/2021;

Fundamentos jurídicos: Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009);

Jurisdição: 7ª Vara Ambiental e Agrária da Seção Judiciária do Amazonas;

Lide: se o Brasil está violando direitos fundamentais e a ordem jurídica nacional ao reduzir metas de mitigação na NDC do país;

Situação: aguardando decisão.

Observa-se que os fundamentos jurídicos mais invocados nas ações climáticas descritas acima foram a Constituição Federal de 1988, o Acordo de Paris e a Lei nº 12.187/2009. Dos nove casos, seis aguardam sentença judicial, dois foram julgados procedentes e um improcedente, o que corrobora a afirmação de Wedy (2019) quanto à inexistência de uma doutrina sólida no país sobre Direito das Mudanças Climáticas, e pode explicar a carência atual de litígios climáticos de bom nível técnico no Brasil.

A análise dos casos trazidos à baila encontra respaldo na afirmação de Lisboa (2021, p. 610), segundo a qual:

> em 2020, houve uma virada no cenário da litigância climática (…) no Brasil, um grande emissor de gases de efeito estufa (GEEs). (…) o surgimento de novos casos brasileiros que abordem as mudanças climáticas diretamente abre uma nova possibilidade de combate à crise climática e um possível aumento no engajamento com o tema.

Tal é a visão de Moreira (2021), que postula serem os litígios climáticos no Brasil ainda incipientes, embora seja o país um terreno fértil para ações judiciais dessa natureza. Para a autora, no âmbito da questão climática, já existem condições no Brasil para que se cumpra uma efetiva agenda ambiental, e caso não se cumpra, que o debate seja submetido ao Poder Judiciário. Entendimento este que está fortemente fundamentado em princípios jurídicos, nas Constituições Federal e Estaduais, em normas ambientais, na doutrina e na jurisprudência consolidadas sobre proteção jurídica do meio ambiente.

Apesar dessa inexistência de litígios climáticos de relevância no Brasil, para algumas autoras, a primeira ação climática proposta no Brasil é aquela mencionada no item 4.1.7 deste estudo, tendo sido ajuizada em abril de 2021 por seis jovens contra o Ministério do Meio Ambiente e os ministros, à época, do Meio Ambiente e das Relações Exteriores. Trata-se de ação contra a chamada “pedalada climática” cometida pelo governo federal em dezembro de 2020, quando foram apresentadas novas metas relacionadas ao Acordo de Paris, menos ambiciosas do que aquelas firmadas anteriormente pelo Brasil (PAVLOVSKY; OJIMA, 2021).

4.2. Litígios climáticos na Alemanha

Na Alemanha, o papel dos tribunais na luta contra a mudança do clima tem sido cada vez mais importante, mesmo que essa discussão ainda seja recente. Embora ali não exista uma doutrina de Direito das Mudanças Climáticas, tampouco uma legislação específica para apurar a responsabilização por danos decorrentes das mudanças do clima, a legislação alemã possui disposições de responsabilização civil de entes estatais e não estatais que são invocadas em litígios climáticos (WEDY, 2019), como se verá nos casos concretos a seguir.

4.2.1. Luciano Lliuya x RWE AG

Polo ativo: o agricultor peruano Saúl Luciano Lliuya;

Polo passivo: *Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG* – RWE (empresa alemã produtora de energia elétrica);

Data da propositura: 23/11/2015;
Fundamentos jurídicos: Código Civil alemão, artigo 1.004;
Jurisdição: Tribunal Regional Superior de Essen;
Lide: responsabilidade da RWE (na Alemanha) pelos danos causados em diferentes jurisdições (no Peru) em decorrência dos efeitos de aquecimento da mudança climática;
Decisão: em sede de recurso interposto por Lliuya contra a decisão do juízo *a quo*, o juízo *ad quem* determinou a produção de prova técnica pericial, para atestar se a casa do autor está ameaçada por inundação ou deslizamento de lama como resultado do aumento do volume do lago glacial Palcacocha; como as emissões de GEEs da RWE contribuem para esse risco e para a mudança climática; e a parte da RWE na responsabilidade de causar tais efeitos.

4.2.2. Agricultores familiares e Greenpeace Alemanha x Alemanha

Polo ativo: três famílias de agricultores alemães e Greenpeace Alemanha;
Polo passivo: governo federal alemão;
Data da propositura: 25/10/2018;
Fundamentos jurídicos: Constituição alemã, artigos 2(2), 12(1) e 14(1);
Jurisdição: Tribunal Administrativo de Berlim;
Lide: Se o governo federal alemão violou os direitos constitucionais dos demandantes e a lei da União Europeia ao não agir de modo efetivo para cumprir sua meta de redução de emissões de GEEs para 2020;
Decisão: improcedente, pois a Corte entendeu que os demandantes não demonstraram de modo conclusivo que o governo alemão violou a Constituição por estabelecer metas inadequadas de proteção climática.

4.2.3. Associação Amigos da Terra Alemanha, Associação de Apoiadores Solares e outros x Alemanha

Polo ativo: Associação Amigos da Terra Alemanha, Apoiadores Solares e outros;
Polo passivo: governo federal alemão;
Data da propositura: 22/11/2018;
Fundamentos jurídicos: Constituição alemã, artigo 1;
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: Se o governo alemão violou os direitos fundamentais dos demandantes ao não cumprir as metas de redução de emissões de GEEs;
Decisão: improcedente, pois a Suprema Corte entendeu que as metas alcançadas de redução de emissões de GEEs estavam dentro dos critérios elegíveis, de acordo com os planos de ação climática do governo alemão e da União Europeia.

4.2.4. Luisa Neubauer e outros x Alemanha

Polo ativo: nove jovens alemães;
Polo passivo: governo federal alemão;
Data da propositura: 06/02/2020;
Fundamentos jurídicos: Constituição alemã (artigos 1, 2 e 20a) e Lei Federal de Proteção Climática (*Bundesklimaschutzgesetz* – KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: os demandantes argumentam que as metas de redução de GEEs da Alemanha violam direitos humanos;

Decisão: procedente; a Suprema Corte considerou as metas da KSG incompatíveis com os direitos fundamentais, por não terem estabelecido disposições suficientes para os cortes de emissões para além de 2030, e assim determinou ao legislador que estabelecesse, até o final de 2022, disposições claras para metas de redução a partir de 2031.

4.2.5. Organização Ambiental Alemã (DUH) x Baviera

Polo ativo: Organização Ambiental Alemã (DUH);
Polo passivo: Estado da Baviera;
Data da propositura: 24/06/2021;
Fundamentos jurídicos: Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG) e Lei de Proteção Climática da Baviera (BayKlimaG);
Jurisdição: Tribunal Administrativo da Baviera;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado da Baviera;
Situação: aguardando decisão.

4.2.6. Marlenne Lemme e outros x Baviera (reclamação constitucional)

Polo ativo: Marlenne Lemme e outros;
Polo passivo: Estado da Baviera;
Data da propositura: 30/06/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG)
Jurisdição: Tribunal Federal Constitucional;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado da Baviera;
Situação: aguardando decisão.

4.2.7. Marlene Lemme e outros x Baviera (reclamação subsidiária)

Polo ativo: Marlenne Lemme e outros;
Polo passivo: Estado da Baviera;
Data da propositura: 30/06/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG) e Lei de Proteção Climática da Baviera (BayKlimaG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional da Baviera;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado da Baviera;
Situação: aguardando decisão.

4.2.8. Jannis Krüssmann e outros x Renânia do Norte-Vestfália

Polo ativo: Jannis Krüssmann e outros;
Polo passivo: Estado da Renânia do Norte-Vestfália;
Data da propositura: 15/07/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado da Renânia do Norte-Vestfália;
Situação: aguardando decisão.

4.2.9. Alena Hochstadt e outros x Hesse

Polo ativo: Alena Hochstadt e outros;
Polo passivo: Estado de Hesse;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado de Hesse;
Situação: aguardando decisão.

4.2.10. Otis Hoffman e outros x Meclemburgo-Pomerânia Ocidental

Polo ativo: Otis Hoffman e outros;
Polo passivo: Estado de Meclemburgo-Pomerânia Ocidental;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Federal Constitucional;
Lide: a inadequação de uma lei de proteção climática no Estado de Meclemburgo-Pomerânia Ocidental;
Situação: aguardando decisão.

4.2.11. Leonie Frank e outros x Sarre

Polo ativo: Leonie Frank e outros;
Polo passivo: Estado de Sarre;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a falta de uma lei de proteção climática no Estado de Sarre;
Situação: aguardando decisão.

4.2.12. Tristan Runge e outros x Saxônia

Polo ativo: Tristan Runge e outros;
Polo passivo: Estado da Saxônia;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a falta de uma lei de proteção climática no Estado da Saxônia;
Situação: aguardando decisão.

4.2.13. Luca Salis e outros x Saxônia-Anhalt

Polo ativo: Luca Salis e outros;
Polo passivo: Estado da Saxônia-Anhalt;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a falta de uma lei de proteção climática no Estado da Saxônia-Anhalt;

Situação: aguardando decisão.

4.2.14. Emma Johanna Kiehm e outros x Brandemburgo

Polo ativo: Emma Johanna Kiehm e outros;
Polo passivo: Estado de Brandemburgo;
Data da propositura: 09/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris, Constituição alemã e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Constitucional Federal;
Lide: a falta de uma lei de proteção climática no Estado de Brandemburgo;
Situação: aguardando decisão.

4.2.15. Organização Ambiental Alemã (DUH) x BMW

Polo ativo: Organização Ambiental Alemã (DUH);
Polo passivo: Automobilística BMW;
Data da propositura: 20/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Regional de Munique;
Lide: se a BMW está infringindo o direito à proteção climática por não alcançar a neutralidade de carbono em carros com motor de combustão interna;
Situação: aguardando decisão.

4.2.16. Organização Ambiental Alemã (DUH) x Mercedes-Benz

Polo ativo: Organização Ambiental Alemã (DUH);
Polo passivo: Automobilística Mercedes-Benz;
Data da propositura: 20/09/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Regional de Stuttgart;
Lide: se a Mercedes-Benz está infringindo o direito à proteção climática por não alcançar a neutralidade de carbono em carros com motor de combustão interna;
Situação: aguardando decisão.

4.2.17. Barbara Metz e outros x Wintershall Dea AG

Polo ativo: Barbara Metz e outros;
Polo passivo: Wintershall Dea AG (companhia alemã de energia);
Data da propositura: 04/10/2021;
Fundamentos jurídicos: Acordo de Paris e Lei Federal de Proteção Climática de 2019 (KSG);
Jurisdição: Tribunal Regional de Kassel;
Lide: se a Wintershall Dea está violando direitos fundamentais por não aderir a um orçamento “justo” de carbono;
Situação: aguardando decisão.

Os fundamentos jurídicos mais invocados nas ações climáticas na Alemanha acima mencionadas foram similares aos das ações climáticas descritas no Brasil: a Constituição alemã, o Acordo de Paris e a Lei Federal de Proteção Climática (KSG). Dos 17 casos, 13

aguardam decisão judicial, dois foram julgados improcedentes e os outros dois, procedentes. Os precedentes destas duas últimas ações, Lliuya x RWE, e Neubauer e outros x Alemanha são de alta relevância para a solidificação de uma doutrina específica de Direitos das Mudanças Climáticas, sendo referências para as Cortes alemãs e do mundo.

No litígio Lliuya x RWE, a requisição de produção probatória pela Corte de apelação e seus fundamentos decisórios evidenciam que a litigância climática começa a ser reconhecida na Alemanha como viável diante de seu ordenamento jurídico, apesar da dificuldade em se estabelecer o nexo causal (WEDY, 2019). O reconhecimento pelo tribunal, de que uma empresa privada pode ser responsável pelas mudanças climáticas causadas por suas emissões de GEEs, marca um desenvolvimento da lei (SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, 2021), e caso o recurso seja provido, será uma decisão histórica para o sistema de responsabilidade civil alemão (WEDY, 2019).

Ademais, no caso Neubauer e outros x Alemanha, pode-se afirmar que houve uma evolução em termos de sentença judicial, na decisão do Tribunal Constitucional Federal que determinou a edição de uma nova Lei de Proteção Climática com metas mais ambiciosas de redução de GEEs, ao se comparar ações anteriores de mesma lide. Tais ações, cujo objeto era se o governo federal violou os direitos constitucionais dos demandantes e a lei da União Europeia ao não cumprir as metas de redução de GEEs para 2020, foram julgadas improcedentes pelas Cortes competentes. Assim, o precedente do caso Neubauer e outros x Alemanha estimulou o surgimento de ações similares em vários estados alemães, pleiteando a edição de leis estaduais de proteção climática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na era das mudanças climáticas e de desastres ambientais, tratados e acordos internacionais, Constituições e leis de praticamente todos os países passaram a limitar as emissões de GEEs, responsabilizar poluidores e buscar medidas de adaptação, de modo a inibir o impacto das mudanças climáticas sobre a sociedade. O papel do Direito na Litigância Climática é determinante a fim de exigir que os países cumpram suas metas para reduzir o aquecimento global, e assim garantir direitos fundamentais às atuais e às vindouras gerações.

Apesar de possuírem pouca base doutrinária, os litígios climáticos são uma realidade. No Brasil e na Alemanha, praticamente ainda não existe uma doutrina específica sobre o Direito das Mudanças Climáticas, apesar de ambos possuírem leis de proteção climática. Em terras brasileiras, os litígios climáticos vêm ganhando espaço nos tribunais pátrios, apesar de grande parte deles ainda estar aguardando decisão judicial, e de a decisão no caso Thalita Silva e outros x Ministério do Meio Ambiente e outros ter sido improcedente, com o entendimento do juízo de que a NDC brasileira não pode ser considerada menos ambiciosa. No entanto, essa ação foi considerada a primeira de cunho climático proposta no Brasil, a qual poderá embasar a proposição de outras ações com pedidos similares.

Já na Alemanha, precedentes como os casos Lluyia x RWE, e Neubauer e outros x Alemanha são de alta relevância, colocando o país em um patamar à frente do Brasil em termos de litigância climática, por permitir, por meio de prova pericial, a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta de um poluidor realizada em um país e os danos ambientais causados em outro. E também ao entender que a falta de previsão legal na Lei de Proteção Climática de metas ambiciosas de redução de emissão de GEEs viola os

direitos fundamentais das futuras gerações, consagrados na Constituição. Precedentes que tornarão o Direito das Mudanças Climáticas na Alemanha mais consistente, dada sua repercussão mundial.

É certo que muitas outras ações climáticas surgirão, o que impõe ao Poder Legislativo de ambos os países o desafio de adaptar as normas sobre o ônus da prova do nexo causal, bem como de editar normas mais rigorosas de neutralidade climática, a fim de possibilitar decisões judiciais efetivas para os litígios climáticos. Urge, pois, que se desenvolva uma doutrina consistente, internacional e nacional do Direito das Mudanças Climáticas, de modo a garantir os direitos fundamentais das presentes e das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949** (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland). Tradução de Assis Mendonça. Berlim: GGP Media GmBH, 2019. Disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

ALEMANHA. **Lei Federal de Proteção Climática** *(Bundes-Klimaschutzgesetz)*, de 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/ksg/index.html>. Acesso em: 4 dez. 2021.

AMADO, F. **Direito Ambiental**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2021.

CARVALHO, D. W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica:** deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CHIAVARI, J; LOPES; C. L. **Legislação Florestal e de Uso da Terra:** uma comparação internacional. 2017. Disponível em: <https://www.apexbrasil.com.br/uploads/Legislacao_Florestal_e_de_Uso_da_Terra_Uma_Comparacao_Internacional.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2021.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Guia de Litigância Climática.** 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Guia_litigancia_climatica.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

KNOPP, L. **International and European Environmental Law with reference to German Environmental Law.** Berlin: The Legal Publisher Lexxion, 2008.

LISBOA, L. S. A litigância climática brasileira: caminhos e fatores nacionais em um fenômeno global. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, 19. ed., jun./2021, p. 610-631.

MOREIRA, D. de A. **Litigância climática no Brasil:** argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2021.

PAVLOVSKY, R. S.; OJIMA, I. B. **Litigância Climática no Brasil.** Nov./2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/354311/litigancia-climatica-no-brasil. Acesso em: 6 dez. 2021.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. **Climate Change Litigation Databases.** 2021. Disponível em: http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/germany/. Acesso em 10 fev. 2021.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Curso de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **AR6 Synthesis Report:** Climate Change 2022. 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>. Acesso em: 3 dez. 2021.

WEDY, G. **Litígios climáticos de acordo com o Direito brasileiro, norte-americano e alemão**. Salvador: JusPodivm, 2019.